تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية
(دراسة تحليلية مقارنة لأمثلة مختارة)

إعداد
حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب

المشرف
الدكتور محمد عبد العزيز عمرو

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه و أصوله

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

آب ، ٢٠٠٦

الجامعة الأردنية

نموذج التفويض

أنا حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب ، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها .

التوقيع :

التاريخ :

The University of Jordan

Authorizaion Form

I , Hassan Awad Ibraheem Abu Arqoub , authorize the University of Jordan to supply copies of my Thesis to libraries or establishments or individuals on request .

Signature :

Date :

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية " دراسة تحليلية مقارنة لأمثلة مختارة ") وأجيزت بتاريخ : ٦/ ٨/ ٢٠٠٦م .

أعضاء لجنة المناقشة : التوقيع

الدكتور محمد عبد العزيز عمرو ، مشرفا. ....
أستاذ مساعد الفقه المقارن – الفقه وأصوله

الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين ، عضوا ....
أستاذ الفقه المقارن – الفقه وأصوله

الدكتورة جميلة الرفاعي ، عضوا ....
أستاذ مساعد الفقه وأصوله - الفقه وأصوله

الدكتور أحمد سعيد حوا ، عضوا ....
أستاذ مساعد الفقه وأصوله - الفقه وأصوله (جامعة الزرقاء الأهلية)

الإهداء

أهدي هذه الرسالة إلى :

سيدي الوالد - رحمه الله تعالى – ثمرة يانعة من غرسه الطيب

ووالدتي المربية الفاضلة

و زوجتي الصابرة

و كل أحبابي في الله تعالى

شكر وتقدير

بعد حمد الله تعالى وشكره والثناء عليه ،
أتقدم بالشكر الجزيل إلى :
فضيلة الدكتور : محمد عبد العزيز عمرو – حفظه الله تعالى – الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الرسالة ، وأكرمني بتوجيهاته المفيدة ، وملاحظاته القيمة ، فجزاه الله عني خير الجزاء.
كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى :
لجنة المناقشة التي تشرفت بالجلوس طالبا للعلم بين أيديهم ، فجزاهم الله خيرا عما بذلوه من جهد في سبيل إظهار هذه الرسالة أقرب ما تكون إلى المنهج العلمي الصحيح ، بعد التنبيه والتوجيه ، وهم :
فضيلة الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين .
فضيلة الدكتورة جميلة الرفاعي .
فضيلة الدكتور أحمد سعيد حوا .

فهرس المحتويات

الموضوع الصفحة

قرار لجنة المناقشة...ب
الإهداء..ج
شكر وتقدير ....د
فهرس المحتويات...هـ
الملخص ....ز
المقدمة ١
الفصل الأول : حقيقة الاستحسان و موقف الأصوليين منه ٥
المبحث الأول : حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه ٦
المطلب الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا ٧
المطلب الثاني : ضوابط الاستحسان ١٥
المطلب الثالث : أنواع الاستحسان ٢١
المبحث الثاني : مواقف الأصوليين من الاستحسان ٣٢
المطلب الأول : حجية الاستحسان عند الأصوليين ٣٣
المطلب الثاني : حقيقة الخلاف في الاستحسان بين الأصوليين ٤٢
الفصل الثاني : تطبيقات الاستحسان في الشروط المقترنة بعقد البيع عند الحنفية ٤٨
المبحث الأول : حقيقة الشروط المقترنة بعقد البيع ، وموقف الفقهاء منها ، ٤٩
المطلب الأول : تعريف الشرط المقترن بعقد البيع ٥٠
المطلب الثاني : خصائص الشرط المقترن بعقد البيع ٥٠
المطلب الثالث : موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بعقد البيع ٥٢
المبحث الثاني : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكن جرى به العرف ٥٨
المطلب الأول : الشراء بشرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري ٥٩
المطلب الثاني : الشراء بشرط ترك الثمر المتناهي على الشجر ٦٨
المبحث الثالث : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكنه ملائم للعقد ٧٥
المطلب الأول : اشتراط البائع أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا معينا ٧٦
المطلب الثاني : اشتراط البائع أن يقدم المشتري بالثمن كفيلا حاضرا ٨٤
الفصل الثالث : تطبيقات الاستحسان في خيارات عقد البيع عند الحنفية ٩٠

المبحث الأول : خيار الشرط ٩١
المطلب الأول : تعريف خيار الشرط ، ومشروعيته ٩٣
المطلب الثاني : مدة خيار الشرط ٩٦
المطلب الثالث : إذا شرط الخيار لأجنبي عن العقد ١٠٣
المبحث الثاني : خياري النقد والتعيين ١٠٨
المطلب الأول : خيار النقد ١٠٩
المطلب الثاني : خيار التعيين ١١٧
المبحث الثالث : خيار العيب ١٢٣
المطلب الأول : إذا اشترى مستور العاقبة فوجد بعضه فاسدا ١٢٨
المطلب الثاني : حكم الطعام بعد أكله ، ثم اطلاعه على عيب فيه ١٣٤
الفصل الرابع : تطبيقات الاستحسان في بعض عقود البيع الخاصة عند الحنفية ١٣٨
المبحث الأول : عقد السلم ١٣٩
المطلب الأول : تعريف عقد السلم ، ومشروعيته ١٤٠
المطلب الثاني : هل يجب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إذا كان عينا ١٤٣
المطلب الثالث : مقاصة رأس مال السلم بدين آخر ١٤٧
المبحث الثاني : عقد الاستصناع ١٥٠
المطلب الأول : تعريف عقد الاستصناع ، وتكييفه الفقهي ١٥١
المطلب الثاني : مشروعية عقد الاستصناع ١٥٥
المبحث الثالث : عقد بيع الوفاء ١٥٩
المطلب الأول : تعريف بيع الوفاء ، وتكييفه الفقهي ١٦٠
المطلب الثاني : حكم عقد بيع الوفاء ١٦٣
النتائج والتوصيات ١٦٦
المراجع والمصادر ١٦٧
الملخص باللغة الإنجليزية.. ١٧٢

تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية

(دراسة تحليلية مقارنة لأمثلة مختارة)

إعداد

حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب

المشرف

الدكتور محمد عبد العزيز عمرو

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى حل إشكال تعدد معاني مصطلح الاستحسان عند الحنفية ، ومن ثم تبرز دور الاستحسان في المسائل الفقهية ، المنتقاة من كتاب البيوع عند الحنفية ، والذي يعد الحصن المنيع الذي يحفظ أموال الناس ؛ ليحقق مقصدا شرعيا مهما .

و لا ريب أن هذه الدراسة تكشف اللثام عن براعة فقهاء الحنفية في توظيف الاستحسان ، في حل كثير من المسائل التي أخفق القياس في حلها ، فكان الاستحسان محققا لروح التشريع ، ومقاصد الشريعة .

ولاختبار قوة الاستحسان في ميدان الأدلة الشرعية ، كان لا بد من عقد مقارنة بينه وبين غيره من الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء في ذات المسائل ، فتتبين لنا الحاجة للاستحسان من عدمها ، وتبرز حقيقة مناهج الفقهاء في تلك المسائل ، مما يعطي

دربة على فهم طريقة تفكيرهم ، وتمييز أساليبهم ، وبالتالي التدرب علىالسير علـى خطاهم ، والاقتداء بهم .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، وبعد :

فإن من المسلمات - عند كل مسلم ومسلمة - أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكـان ، مما ألبس هذه الشريعة الغراء ثوب البقاء والخلود .

وإن هذا الخلود نابع من كون هذه الشريعة الغراء قادرة على مواكبة تطورات العصر وتقدمـه ، خلافا لسائر الشرائع .

ولقد اكتسبت شريعة الإسلام القدرة على مواكبة روح العصر من خلال الأصول والقواعد التـي نهض عليها الفقه والتشريع .

وإن من أبرز الأصول التي قام عليها الفقه الإسلامي الاستحسان ، ومع أنه دار حول الاستحسـان معارك طاحنة ، فمن الفقهاء من يأخذ به ، ومنهم من يبطله ويرفضه ، إلا أنه في النهاية استغلظ واستوى على سوقه .

ما أكثر تلك الأسئلة التي كانت تدور في فكري أثناء دراستي الجامعية الأولى ! وإن غالب تلـك الأسئلة يدور حول الاستحسان ، ولما لم أجد لهذه الأسئلة جوابا شافيا ، رأيت مستعينا بالله تعـالى أن أكتب دراسة حول هذا الموضوع ، محاولا أن تكون شفاء للغليل .

وإن من أهم تلك الأسئلة التي أحاول أن أجيب عنها في هذه الدراسة ، والتي تشـكل بمجموعهـا **مشكلة البحث :**

لماذا اختلف فقهاء الحنفية في تعريفهم للاستحسان ، ولماذا رفضه الإمام الشافعي ؟ علما أنه تلميذ الإمامين الجليلين : مالك بن أنس ، و محمد بن الحسن ، وكلاهما يقول به ، فما هي حقيقة موقفه منه ؟

وما مدى قوة الاستدلال بالاستحسان إذا قوبل بأدلة أخرى ؟ وهـل لا زال وسـيلة مـن وسـائل الاجتهاد أم أنه عفا عليه الزمن ؟

ولقد اخترت كتاب البيوع عند الحنفية ليكون الساحة التي أتحرك فيها ، والأرض التي أقطف مـن زهراتها ، و لا أبغي عنها حولا .

و اتبعت في هذه الدراسة **المنهج الحواري** ، مستعملا أسلوب المقارنة بين المذاهب الأربعة فقط ، **والمنهج التحليلي** حيث أفكك المسألة وأبين أدلتها ومآخذ الفقهاء فيها ، ثم أقوم بالنقد والتقويم عن طريق الردود والأجوبة ، وأختم بالترجيح الذي يصاحب الاستنباط إن أمكنني ذلك .

وإن أهمية هذه الدراسة تكمن في أنها تبين أثر الاختلاف في الأخذ بالاستحسان في اختلاف الفقهاء في أحكام كثير من مسائل البيوع ، مما يرسم طريقة الحنفية في الأخذ بالاستحسان ، ومآخذ الفقهاء في تلك المسائل ، مما يعطي طالب العلم دربة فقهية تنير السبيل أمامه للوصول إلى حلول شرعية للمسائل المختلفة .

وإن من أهم أهداف هذه الدراسة : تنمية الملكة الفقهية خصوصا في أحكام البيوع ، وذلك عن طريق الموازنة بين الاستحسان والقياس من جهة ، وبين الاستحسان وغيره من الأدلة من جهة أخرى ؛ للوصول إلى أرجح الأقوال في المسائل موضوع الدراسة .

ومما يميز هذه الدراسة عن غيرها : أنها تدور في فلك كتاب البيوع ، ولا تخرج عن مسارها هذا ؛ لتكون أكثر تركيزا ، وأشد ارتباطا . و أنها لم تتمحض في الفقه أو في الأصول بل جمعت بين الحسنيين . وأنها لا تكتفي بعرض الأقوال والأدلة بل تتجاوز ذلك للترجيح أو الاستنباط في بعض الأحيان .

وإن من أهم الكتابات التي لا يستغنى عنها في مجال الاستحسان ، والتي أفدت منها كثيرا : **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه** للأستاذ عبد الوهاب خلاف . **وأصول الفقه** للأستاذ محمد أبي زهرة ، و **تعليل الأحكام** للدكتور محمد مصطفى شلبي .

أما في مجال التطبيقات فمن أهم الكتب التي أفدت منها :

العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) للأستاذ مصطفى الزرقا ، **والمدخل إلى فقه المعاملات المالية** للأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير .

لقد بدأتُ الدراسة في مفهوم الاستحسان وما يتعلق به ، ثم انتقلت إلى التطبيقات الفقهية ، وأحسب أن الفصل الأول ركن أساسي من هذه الدراسة ؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، فجاء تقسيم الدراسة على النحو التالي :

الفصل الأول : حقيقة الاستحسان و موقف الأصوليين منه ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني : ضوابط الاستحسان .
المطلب الثالث : أنواع الاستحسان .
المبحث الثاني : مواقف الأصوليين من الاستحسان ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : حجية الاستحسان عند الأصوليين .
المطلب الثاني : حقيقة الخلاف في الاستحسان بين الأصوليين .
الفصل الثاني : تطبيقات الاستحسان في الشروط المقترنة بعقد البيع عند الحنفية ، وفيه ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : حقيقة الشروط المقترنة بعقد البيع ، وموقف الفقهاء منها ، وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول : تعريف الشرط المقترن بعقد البيع .
المطلب الثاني : خصائص الشرط المقترن بعقد البيع .
المطلب الثالث : موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بعقد البيع .
المبحث الثاني : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكن جرى به العرف ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الشراء بشرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري .
المطلب الثاني : الشراء بشرط ترك الثمر المتناهي على الشجر .
المبحث الثالث : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكنه ملائم للعقد ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : اشتراط البائع أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا معينا .
المطلب الثاني : اشتراط البائع أن يقدم المشتري بالثمن كفيلا حاضرا .
الفصل الثالث : تطبيقات الاستحسان في خيارات عقد البيع عند الحنفية ، وفيه ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : خيار الشرط ، وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول : تعريف خيار الشرط ، ومشروعيته .
المطلب الثاني : مدة خيار الشرط .
المطلب الثالث : إذا شرط الخيار لأجنبي عن العقد .
المبحث الثاني : خيارا النقد والتعيين ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : خيار النقد .
المطلب الثاني : خيار التعيين .
المبحث الثالث : خيار العيب ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : إذا اشترى مستور العاقبة فوجد بعضه فاسدا .

المطلب الثاني : حكم الطعام بعد أكله ، ثم اطلاعه على عيب فيه .

الفصل الرابع : تطبيقات الاستحسان في بعض عقود البيع الخاصة عند الحنفية ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : عقد السلم ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف عقد السلم ، ومشروعيته .

المطلب الثاني : هل يجب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إذا كان عينا ؟

المطلب الثالث : مقاصة رأس مال السلم بدين آخر .

المبحث الثاني : عقد الاستصناع ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف عقد الاستصناع ، وتكييفه الفقهي .

المطلب الثاني : مشروعية عقد الاستصناع .

المبحث الثالث : عقد بيع الوفاء ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف بيع الوفاء ، وتكييفه الفقهي .

المطلب الثاني : مشروعية عقد بيع الوفاء .

النتائج والتوصيات

المراجع والمصادر

وإنني إذ أقدم دراستي هذه ، لا ادعي لنفسي العصمة ، فما كان فيها من زلل أو خطأ ، فإني أتوب إلى الله تعالى منه ، راجيا أن يغفر الله لي . وأما ما كان فيها من توفيق وسداد ، فمن الله تعـالى وحده ، فله الحمد والمنة ، وأسأله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهـه الكـريم ، وآخـر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفصل الأول

حقيقة الاستحسان وموقف الأصوليين منه ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه

المبحث الثاني : موقف الأصوليين من الاستحسان

المبحث الأول

حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا

المطلب الثاني : ضوابط الاستحسان

المطلب الثالث : أنواع الاستحسان

المبحث الأول : حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه :

المطلب الأول : تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا :

أولا – تعريف الاستحسان لغة :

الاستحسان على وزن استفعال ، وهو مأخوذ من الحسن ، والقبح ضده ونقيضه [١] .

أما المعنى المستفاد من زيادة (الألف والسين والتاء) على الأصل فهو اعتقاد صفة الشيء ، ويسميه البعض المصادفة والإصابة [٢] .

فقولك (استَحسنتـُه) يعني : اعتقدته حسنا ، أو وجدته حسنا ، أو أصبته حسنا .

ثم إن الأصل وهو (حسـُن) فعل لازم **[٣]،** فإذا زيدت (الألف والسن والتـاء) عليـه صـار متعديا **[٤]** .

---

(١) ابن فارس : أحمد بن فارس بن زكريا (ت : ٣٩٥ هـ) ، **معجم مقاييس اللغة** ، ط١ ، ٢م ، تحقيق : عبد السلام هارون ، دار الجيل بيروت ١٩٩١ م، ٥٧/٢-٥٨

ابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم (ت : ٧١١ هـ) ، **لسان العرب** ، ط١ ، ١٥م ، دار صادر ودار بيروت بيـروت ١٩٦٨م ١٣/ ١١٤

(٢) ابن يعيش : موفق الدين يعيش بن علي (ت : ٦٤٣ هـ) ، **شرح المفصل** للزمخشري، ط١ ،٥ م ، دار الكتـب العلميـة بيروت ٢٠٠١م ، ٤٤٢/٤ ، وابن عصفور : علي بن مؤمن بن محمد (ت : ٦٦٩ هـ) ، **الممتع الكبير في التصريف** ، ط١ ، ١ م ، تحقيق : فخـر الـدين قبـاوة ، مكتبـة لبنـان بيـروت ١٩٩٦م ص١٣٢ ، و الخطيـب : عبـداللطيف **المستقصى في علم التصريف** ، مكتبة دار المعرفة الكويت ط١ ٢٠٠٣م ٣٦٠/١

(٣) عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه أن رجلا قال : يا رسول الله ، أي الناس خير ؟ قال : " من طال عمره **وحسن عمله** " ، قال : فأي الناس شر؟ قال :" من طال عمره وساء عمله " رواه الترمذي وقـال : "هـذا حديث حسن صحيح ". الترمذي : محمد بن عيسى (ت : ٢٧٩هـ) ، **سـنن الترمـذي** ، ط ١، ١م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، كتاب الزهد عن رسول الله(صلى الله عليه وسلم) ، باب ما جاء في طول العمر للمؤمن رقم (٢٣٣٠) ص ١٣٧ . ووجه الاستشهاد بالحديث الشريف : أن الفعل (حسـن) اكتفى بفاعله ، فهو فعل لازم ؛ لأنه لم يحتج إلى المفعول به لتمام المعنى .

(٤) تقول : استحسن العالم السؤالَ ، ولمزيد من التفصيل انظر : ابن يعيش : شرح المفصل للزمخشري ٤٤٢/٤ ، وابن عصفور : الممتع الكبير في التصريف ص ١٣٢ .

ثانيا – تعريف الاستحسان اصطلاحا :

لقد تباينت تعريفات علماء الحنفية للاستحسان ؛ وذلك لأنهم عبروا عن مصطلح الاستحسان بثلاثة معان رئيسة ، هي : أنه ترجيح لدليل على دليل ، أو أنه الدليل الذي عارض القياس ، أو أنه القياس الخفي ، وإليك بيان هذه المعاني :

المعنى الأول :

إن الاستحسان منهج في الاجتهاد يتم خلاله ترجيح دليل على دليل ، ويبرز هذا المعنى في تعريف الإمام أبي الحسن الكرخي [١] ، وتلميذه الجصاص [٢] .

وقد نُقِل عن الإمام أبي الحسن الكرخي تعريفان للاستحسان ، لم ألحظ فرقا بينهما إلا أن أحدهما أخصر من الآخر [٣] .

التعريف الأول لأبي الحسن الكرخي ، وقد رواه عنه تلميذه الجصاص وهو : " ترك حكم إلى حكم هو أولى منه " [٤] .

---

[١] عبيد الله بن الحسين الكرخي ، أبوالحسن ، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق ، مولده بالكرخ ، ووفاته ببغداد سنة (٣٤٠هـ) ، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الفروع عند الحنفية . المراغي : عبد الله مصطفى ، **الفتح المبين في طبقات الأصوليين** ، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ١/١٩٧-١٩٨ .

[٢] أحمد بن علي الرازي ، أبو بكر ، فاضل من أهل الري ، سكن بغداد ، ومات فيها سنة (٣٧٠هـ) ، درس الفقه على أبي الحسن الكرخي ، وتخرج عليه ، له أحكام القرآن ، والفصول في الأصول . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١/٢١٤-٢١٦ .

[٣] خلافا لما ذكره د. حسين مطاوع الترتوري حيث نص على أن التعريف الثاني لأبي الحسن غير جامع خلافا للأول ، وعلل ذلك بقوله :" فلأن هناك بعض أنواع الاستحسان عدل فيها عن الاستحسان إلى القياس ، وهذا ما سماه الحنفية ، القياس الذي ظهر فساده ، واستتر وجه صحته وأثره ، وقالوا : هو مقدم على الاستحسان الذي ظهر أثره ، وخفي وجه الفساد فيه " ا.هـ . الترتوري : حسين مطاوع (١٩٩٥م) **الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه** ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ،٣ ، (٢٧) ص ١٥٤ . وهذا الكلام غير صحيح ؛ لأن ما ذكره د. الترتوري دليل على أن التعريف غير مانع ، لا العكس ؛ لأن التعريف يشمل القياس الذي ظهر فساده ، واستتر وجه صحته وأثره ، بينما لا يسمى هذا القياس استحسانا .

[٤] الجصاص : أحمد بن علي الرازي (ت : ٣٧٠ هـ) : **الفصول في الأصول** ، ط١ ،١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ص ٣٤٤ . وبهذا يتبين أن ما قاله أ.د حسن أحمد مرعي من أن التعريف الثاني هو أصح النقول عن الكرخي محل بحث ونظر ؛ لأن التعريف الأول نقله تلميذ الكرخي فسنده متصل ولم أجد من أسند= =التعريف الثاني . انظر : مرعي : حسن أحمد (١٩٩٧م) **الاستحسان الأصولي حقيقته وحجيته** ، مجلة الدراسات الإسلامية والعربية،٢، (١٤) ، ص ١٣ .

التعريف الثاني لأبي الحسن الكرخي ، وهو الذي ينسب إليه في معظم كتب الأصول ، وهـو : " أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه ، لوجه أقـوى يقتضي العدول عن الأول "[(١)] .

وعرفه أبو بكر الجصاص بقوله : " ترك القياس إلى ما هو أولى منه " [(٢)].

ونلحظ مما تقدم ما يلي :

أولا- إن تعبير الإمامين عن الاستحسان بأنه " ترك أو عدول " يشير إلى أن الاستحسان منهج في الاجتهاد يسلكه المجتهد ، يتم خلاله الترجيح بين دليلين متعارضين أحدهما أقوى من الآخر .

---

(١) البصري : محمد بن علي بن الطيب ، أبو الحسين (ت : ٤٣٦هـ ـ) : **المعتمـد** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتـب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ٢٩٦/٢ ، و البخاري : عبد العزيز بن أحمد ، علاء الدين (ت : ٧٣٠هـ) ، **كشف الأسرار** ، ط٣ ، ٤م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ٧/٤ ، و التفتازاني : مسـعود بـن عمر، سعد الدين (ت : ٧٩١هـ) ، **التلويح على التوضيح** ، ١م ، محمد علي صبيح ، القاهرة ، ١٩٥٧ م ، ٨١/٢ . وقد استحسن هذا التعريف من العلماء المعاصرين كل من : الأستاذ عبدالوهاب خلاف ، والأستاذ محمد أبو زهرة ، والأستاذ مصطفى الزرقا ، معللين ذلك بأنه أبين التعريفات وأشملها . خلاف : عبدالوهاب ، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه** ، ط٤ ١م ، دار القلم ، الكويت ١٩٧٨م ص ٧١ ، و أبو زهرة : محمد بن أحمد ، **أصول الفقه** ، دار الفكر العربـي ، القـاهرة ، د.ت ص ٢٦٢ ف ٢٥٣ ، و الزرقـا : مصطفى أحمد ، **المدخل الفقهي العام** ، ط١ ، ٢م ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٨م ، ٨٨/١ .

(٢) الجصاص : الفصول في الأصول ص ٣٤٤ ، أدخل د. محمد مصطفى شلبي تعريـف الجصـاص بشـرح التعريف ، وصاغ منهما تعريفا نسبه إلى ا لجصاص حيث قال : " عرفه الجصاص بتعريف آخـر فقـال :" الاستحسان هو ترك القياس إلى ما هو أولى منه ، وهو على وجهين : أحدهما : أن يكـون فـرع يتجاذبـه أصلان ، يأخذ الشبه من كل واحد منهما ، فيجب إلحاقه بأحدهما دون الآخر لدلالة توجبه ، وهـذا أغمـض أنواعه ، وثانيهما : هو تخصيص الحكم مع وجود العلة ، وذلك قد يكون بـالنص أو الأثـر أو الإجمـاع أو بقياس آخر أو بعمل الناس " . شلبي : محمد مصطفى ، **تعليل الأحكـام** ، ١م ، دار النهضة بيروت ، ١٩٨١ م ، ص ٣٣٤ . ونقل عن شلبي هذا التعريف الممزوج بالشرح بعض المعاصرين ونسبوه إلى الجصـاص ، دون بيان لما أبديته من ملاحظة . انظر على سبيل المثال : منصور : محمد خالـد (١٩٩٩م) **الاستحسـان عند الأصوليين** ، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، ٢٦ (١) ص ١٩٩-٢٠٠ . وقد استحسـن د. محمد خالد منصور تعريف الجصاص الممزوج ، ورجحه على غيره معللا ذلك بأنـه الأشـمل مـن بـين تعريفات الحنفية ، والجامع لأنواعها المتعددة . منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص ٢٠٠ .

ثانيـا- إن تعريف أبي بكر الجصاص أدق من تعريفي الكرخي ؛ لأنهما غير مانعين ؛ لأنه يدخل فيهما ترك حكم العموم إلى حكم التخصيص ، وترك حكم المنسوخ إلى حكم الناسخ ، وليسا مـن الاستحسان في شيء ، بينما وضح الجصاص أن الاسـتحسان يتعلق بترك القياس ، والأمر كمـا قال ؛ لأن الاستحسان طريقة في الاجتهاد يتم خلالها ترجيح أحد الدليلين المتعارضـين إذا كـان أحدهما قياسا .

ثالثا- من عيوب التعريف الثاني للكرخي قوله " أن يعدل الإنسان " ، والأصـح أن يقـال : " أن يعدل المجتهد " ؛ لأن الاستحسان اجتهاد ، فلا يصح من أي إنسان بل من المجتهد فقط [١] .

المعنى الثاني :

إن الاستحسان هو الدليل الذي يعارض القياس الجلي ، ويظهر هذا المعنى في تعريف الإمام أبي زيد الدبوسي [٢] ، والإمام السرخسي [٣] .

حيث **عرفه الدبوسي** بقوله : " اسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي " [٤] .

وعرفه السرخسي بقوله : " هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام ، قبل إنعام التأمل فيه " [٥] .

---

[١] الترتوري : الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه ص ١٥٤ .

[٢] عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي ، أبو زيد ، الفقيه الحنفي توفي سنة (٤٣٠هـ) لـه : تقـويم الأدلـة ، وتأسيس النظر ، وغيرهما . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢٤٨/١ .

[٣] محمد بن أحمد بن سهل السرخسي ، أبو بكر ، قاض من كبار الحنفية ، توفي سنة (٤٨٣هـ) لـه : أصـول السرخسي ، والمبسوط . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢٧٧/١-٢٧٨ .

[٤] الدبوسي : عبدالله بن عمر(ت : ٤٣٠ هـ) ، **تقويم الأدلة في أصول الفقه** ، ط١ ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م ، ص٤٠٤ . **اعتبر د. عجيل النشـمي** هذا التعريف أصح التعـاريف ، فقـال : " وهـذا التعريف أصح التعاريف – في نظري – وهذا ما رجحه سعد الدين التفتازاني حين قـال :" بعـض النـاس تحيروا في تعريفه ، وتعريفه الصحيح هو هذا : وهو أنه دليل يقع في مقابلة القياس الجلي " اهـ .النشـمي : عجيل جاسم (١٩٨٤م) **الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه** ١ (١)، مجلة الشـريعة والدراسـات الإسلامية ، ص١١١ . والصحيح أن الكلام المنقول هو لصدر الشريعة المحبوبي في توضيحه ، وليس من كلام التفتازاني في تلويحه كما توهم . انظر : المحبوبي :عبيد الله بن مسعود (٧٤٧هـ) **التوضـيح لمـتن التنقيح** ، مطبوع على هامش التلويح ٨١/٢ .

[٥] السرخسي : محمد بن أحمد (ت : ٤٨٣هـ) ، **أصول السرخسي** ، ط١ ، ٢م ، تحقيق : د.رفيق العجم ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ١٩٠/٢ .

ونلحظ مما تقدم :

أولا- إن الإمامين قد جعلا الاستحسان دليلا ، وغايرا المعنى السابق الذي يعتبر فيه الاستحسان منهجا وطريقة للترجيح بين الدليلين المتعارضين إذا كان أحدهما قياسا .

ثانيا- خُص الاستحسان عند الإمامين بمعارضته للقياس الجلي الظاهر ، وقد يفهم منه أنه القياس الأصولي ، وفي هذا نظر ؛ لأن القياس الأصولي لا يقوى على معارضة الدليل إذا كان نصا أو إجماعا بالاتفاق [1] ، بل ولا يصح معارضا ، لكنه يصلح معارضا لقياس أصولي آخر ، فصار حمل مصطلح (القياس الظاهر) على الأصول والقواعد العامة بالإضافة إلى القياس الأصولي لازما [2] ؛ لأن هذه الأصول والقواعد في قوة النص من حيث صحة الاستدلال بها ، وبناء الحكم عليها ، وإلزام المكلف بالعمل بمقتضاها [3] .

ثالثا- إن سبب وجود مصطلح (القياس الظاهر) هو : أن الحنفية استنبطوا علل الأحكام من النصوص ، ثم عمموا أحكامها ، فصار كل موضع تثبت فيه العلة المستنبطة يأخذ حكم الأصل الذي علل ؛ لأن فائدة تعرف العلة هي تعدية حكمها إلى موضع لا نص فيه .

لذلك اعتبرت تلك العلل العامة أصولا يعرض عليها كل ما يستجد من مسائل لا نص فيها ، وكأن الفقيه يقيس عليها ، وعرفت تلك العلل العامة أو القواعد باسم (القياس الظاهر) [4] .

ولا يخفى أن هذا التعميم للعلل قد يصطدم في بعض المسائل بوجود معارض من نص أو إجماع أو ضرورة ، فيتبين عندها خطأ تعميم العلة في هذا الموضع ، فيأخذون بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الأقوى ، ويسمونه استحسانا [5] .

وأضرب مثالا يوضح الكلام السابق :

---

(1) التفتازاني : التلويح على التوضيح ٨٢/٢ .

(2) خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص٧٤ ، شلبي : تعليل الأحكام ص٣٤٨ ، زيدان : عبد الكريم ، **الوجيز في أصول الفقه** ، مؤسسة الرسالة ، بيروت د.ت ص ٢٣١ .

(3) الدريني : محمد فتحي ، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي** ، ط٣ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ص١٧ وص٣٧ .

(4) أبو زهرة : أصول الفقه ص٢٦٨ ،

(5) السرخسي : أصول السرخسي ١٩٢/٢ ، و أبو زهرة : محمد بن أحمد ، **أبو حنيفة** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧م ، ص ٢٨٧ .

الأصل أن بيع المعدوم غير جائز ، وهو منهي عنه بنهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر [١] .

و مما فسر به الغرر أنه بيع ما ليس عند الإنسان [٢] ، فإن كان بيع ما ليس عند الإنسان – مع إمكانية وجوده وتحصيله – منهيا عنه ، فبيع المعدوم يدخل في النهي من باب أولى [٣] .

وليس السلم إلا بيعا للمعدوم ، فيدخل في علة النهي عن بيع الغرر ، ويأخذ أحكامه ، هذا هو القياس ؛ لاشتراكهما في علة النهي وهي : الوقوع في المنازعة بسبب عدم القدرة على توفير المبيع ، فالمفروض أن يكون بيع السلم منهيا عنه ومحرما .

لكن لما جاء النص بإباحة بيع السلم بقوله (صلى الله عليه وسلم) : " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم " [٤] . قطع بيع السلم عن حكم نظائره ؛ لأن النص المبيح قد بين أن علة النهي عن بيع المعدوم غير موجودة في بيع السلم ، أو هي موجودة لكن الشارع أهمل وجودها ، أو استثنى السلم من حكمها ، فكان له حكم الجواز الثابت بالنص .

المعنى الثالث :

إن الاستحسان هو القياس الخفي ، وهو ما كان مقابلا للقياس الظاهر الجلي .

---

(١) عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : " نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر " . مسلم : مسلم بن الحجاج (ت :٢٦١هـ) ، **صحيح مسلم** ، ط٦، ١٠م ،المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مطبوع على هامش إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني١٨٨٥م ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ، ٣٥٧/٦

(٢) الزيلعي : عبدالله بن يوسف (ت : ٧٦٢هـ) ، **نصب الراية** ، ط١، ٤م ، مؤسسة الريان بيروت ، ١٩٩٧م ، ٤٠/٤ .

(٣) الكرلاني : جلال الدين الخوارزمي ، **الكفاية على الهداية** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت ، على هامش شرح فتح القدير ، ٢٠٤/٦ .

(٤) البخاري : محمد بن إسماعيل (ت : ٢٥٦هـ) ، **صحيح البخاري** ، ط١ ، ١٣م ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ، مطبوع على هامش فتح الباري لابن حجر ، ١٨٩٩م ، كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم ، ٢٩١/٤

لذلك نجد **الإمام البزدوي** [١] يعرف الاستحسان مشيرا إلى المعنى السابق بقوله : " هو أحد القياسين " [٢] .

وصرح بهذا المعنى **الإمام عبد العزيز البخاري** [٣] حيث قال : " قال بعض أصحابنا : الاستحسان هو القياس الخفي " [٤] .

بل ونبه **الإمام صدر الشريعة المحبوبي** [٥] بقوله : " واعلم أنا إذا ذكرنا القياس نريد به القياس الجلي ، وإذا ذكرنا الاستحسان نريد به القياس الخفي ، فلا تنس هذا الاصطلاح " [٦] .

ونلحظ مما تقدم :

أولا- إن معنى الاستحسان صار يختص بالقياس الخفي كما ذكر البزدوي وصدر الشريعة ، ولما كان معناه أعم من ذلك عند سلفهم نجد الإمام صدر الشريعة ينبه على أن الاستحسان أعم من القياس الخفي ، وأن كل قياس خفي استحسان ، وليس كل استحسان قياسا خفيا .

ولخص **التفتازاني** [١] المسألة بقوله : " (... الاستحسان) غلب في اصطلاح الأصول على القياس الخفي خاصة ، كما غلب اسم القياس على القياس الجلي تمييزا بين القياسين ، وأما في الفروع فإطلاق الاستحسان على النص والإجماع عند وقوعهما في مقابلة القياس الجلي شائع " [٢] .

---

[١] علي بن محمد البزدوي ، أبو الحسن ، فخر الإسلام ، فقيه أصولي من أكابر الحنفية ، كان لأصوله أهمية كبرى ، دعت العلماء لشرحها ، له كنز الوصول إلى معرفة الأصول ، وغناء الفقهاء وغيرهما ، توفي سنة (٤٨٢هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢٨٦/١ .

[٢] البزدوي : علي بن محمد (ت : ٤٨٢هـ) ، **أصول البزدوي** ، ط٣، ٤م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ٧/٤ ، مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري .

[٣] عبدالعزيز بن أحمد بن محمد ، علاء الدين البخاري ، الفقيه الحنفي الأصولي ، له كشف الأسرار ، وهو شرح على أصول البزدوي ، توفي سنة (٧٣٠ هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١٤١/٢ .

[٤] البخاري : كشف الأسرار ٨/٤ .

[٥] عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة ، صدر الشريعة الأصغر ، الفقيه الأصولي الحنفي ، المحدث المفسر ، له شرح كتاب الوقاية ، وقد اختصره وسماه النقاية ، وله متن التنقيح ، وقد شرحه بالتوضيح ، وهما في أصول الفقه ، توفي سنة (٧٤٧هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١٦١/٢ .

[٦] المحبوبي : ٨٢/٢ ، مع أن صدر الشريعة قد صرح أن أصح تعريف للاستحسان هو : أنه دليل يقع في مقابلة القياس الجلي . المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ٨١/٢ .

فإطلاق الاستحسان على القياس الخفي اصطلاح أصولي ، أما في اصطلاح الفروع فهـو أعـم وأشمل .

ثانيا- يلتقي هذا المعنى للاستحسان مع المعنى الأول في أنه ترجيح لدليل علـى دليـل ، حيـث يرجح هنا القياس الخفي على القياس الجلي ، ويلتقي مع المعنى الثاني في كونه يسمى دلـيلا ، إذ القياس جليا كان أو خفيا يسمى دليلا شرعيا .

والحاصل من كل ما تقدم :

أولا- لا يخرج معنى الاستحسان من حيث الحقيقة عن : ترجيح دليل على دليل عند التعارض إذا كان أحدهما قياسا أصوليا ، أو قاعدة عامة ، أو أصلا كليا.

ثانيا- صار معنى الاستحسان يضيق ويتحدد ، مما جعله أكثر وضوحا ، فبعد أن كان يشار إليـه بمجرد ترك دليل وأخذ آخر ، صار معناه الدليل الذي يعارض القياس الظاهر ، إلـى أن انتهـى الأمر إلى إطلاقه على القياس الخفي عند أهل الأصول ، ولا يخفى أن القياس خفيا كان أو جليـا هو دليل شرعي .

ثالثا- إن سبب وجود الاستحسان هو منهج الحنفية في تعميم علل النصوص ، ومصـادمة هـذا التعميم لنصوص أخرى ، أو إجماع ، أو ضرورة ، أو قياس أقوى ، مما يبين خطأ هذا التعميم ، فيترك التعميم ويؤخذ بالنص أو الإجماع أو الضرورة .

رابعا- إذا جعل (القياس الظاهر) مقابلا للقياس الخفي ، فالمقصود بالظاهر القياس الأصولي ، أما إذا جعل (القياس الظاهر) مقابلا للدليل ، فيجب أن يفهم على أنه الأصول والقواعد العامة ، بالإضافة إلى القياس الأصولي .

---

(١) مسعود بن عمر التفتازاني ، سعد الدين ، من أئمة العربية والبيان والمنطق ، شافعي المذهب ، له التلويح فـي كشف حقائق التنقيح في الأصول ، وتهذيب المنطق والكلام ، شرح العقائد النسفية وغيرها ، تـوفي سـنة (٧٩٣هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢١٤/٢

(٢) التفتازاني : التلويح على التوضيح ٨٢/٢ .

المطلب الثاني- ضوابط الاستحسان :

إن الاستحسان سواء كان منهجا من مناهج الاجتهاد أو دليلا من الأدلة التبعية لابد أن تحكمه ضوابط شرعية تنظم عمل المجتهد وتحكمه ، وتنير الطريق أمامه في اجتهاده ، وتسد باب الهوى والتشهي أمام كل جاهل أو مفسد .

ومن الجدير بالذكرأن الحنفية لم يفردوا ضوابط الاستحسان بالبحث ؛ لأنها معلومة لديهم بالبداهة ، ولكن يمكن للباحث استقراؤها من خلال ما كتبوه في الفروع والأصول [١] لنجد أنها ستة ضوابط رئيسة :

الضابط الأول- أن يكون الحكم الاستحساني محققا لمقاصد الشريعة العامة :

إن مقصد الشريعة الإسلامية المطهرة هو تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ، وذلك عن طريق أحكامها وتكاليفها الشرعية ، فالعمل بتلك الأحكام والتكاليف يضمن حفظ مقصدها في الخلق .

ويمكن تقسيم مقاصد الشريعة في الخلق إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول- الضروريات : وهي التي بها قيام مصالح الدين والدنيا [٢]، ومجموع الضروريات خمسة هي : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والعقل ، والمال .

القسم الثاني- الحاجيات : وهي التي يحتاج إليها للتوسعة ورفع الضيق والحرج والمشقة [٣].

القسم الثالث- التحسينات : وهي التي يؤخذ بها لتحقيق مكارم الأخلاق [٤] .

إن الحكم الاستحساني يجب أن يكون سائرا في ظل هذه المقاصد ، لا يبغي عنها حولا ، وأضرب مثالا يبين كيفية تحقيق الحكم الاستحساني لمقاصد الشريعة :

---

(١) وهذا ما فعله د. " محمد عبد اللطيف" الفرفور في كتابه (نظرية الاستحسان في التشريع الإسـلامي وصـلتها بالمصلحة المرسلة) ، ومع ذلك لم يقدم لها الباحث شرحا وافيا وإنما اكتفى بالسرد والتعليق المقتضب جدا . انظر الفرفور : "محمد عبداللطيف" صالح : **نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصـلتها بالمصـلحة المرسلة** ، دار دمشق ١٩٨٥م ص ٥٥-٥٦

(٢) الشاطبي : إبراهيم بن موسى (ت : ٧٩٠هـ) ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، ط١ ، ٤م ، تعليق : عبدالله دراز ، دار إحياء التراث العربي بيروت ٢٠٠١م ، ٩/٢.

(٣) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٢/ ١١ .

(٤) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٢/ ١٢.

لقد نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر [١]، وفسر بأنه بيع ما ليس عند الإنسان ، وهذا منهي عنه أيضا [٢] ؛ لأن فيه تعليقا بالخطر ، فقد يجد الإنسان ما باع وقد لا يجده ، وقد يقدر على تحصيله وقد لا يقدر، وإذا قدر على تحصيله فقد يقبله المشتري وقد يرده بخيار الرؤية ؛ لأنه اشترى ما لم يره ، وقد يتعذر على البائع رده إلى من اشتراه منه أو التصرف فيه ، فإذا كان بيع ما ليس عند الإنسان -مع وجود القدرة على تحصيله- منهيا عنه ، فبيع المعدوم أولى بالنهي ؛ لأنه يفضي إلى المنازعة والخلاف ، فبيع المعدوم غير جائز ، وهذا هو الأصل في عقد البيع .

وقد جوز الشارع بيع السلم : وهو بيع للمعدوم ، وقد ثبت على خلاف الأصل المتقدم (القياس) ، فهل يحقق هذا الاستثناء من الأصل مقصدا شرعيا ؟ [٣]

لاشك أن هذا الاستثناء يحقق مقصدا شرعيا مهما ، وهو رفع الحرج والمشقة ، مما يؤكد الحاجة إليه ؛ لأنه يحقق مصلحة ويدفع مفسدة ، وهذا هو مقصد الشريعة . ولذلك عد من الحاجيات في قسم المعاملات [٤] .

فإن قيل : فأين المصلحة في الحكم الاستحساني (جواز بيع السلم) ؟ وكيف يرفع الحرج ؟

الجواب : إن كلاً من البائع والمشتري محتاج إليه ، وله مصلحة بالعمل بموجبه :

أما المشتري فإنه يطلب الربح ؛ لنماء ماله ؛ ليتمكن من الإنفاق على نفسه وعياله ، فهو إن لم يربح فني ماله ، والربح عن طريق السلم أيسر وأسهل لثلاثة أسباب :

السبب الأول: أن المشتري يشتري السلعة بثمن أقل من قيمتها المعتادة ، وهذا يؤدي إلى

---

[١] تقدم تخريجه وتفسيره ص ١٢

[٢] **عن حكيم بن حزام** أنه قال : أتيت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، أبتاع له من السوق ثم أبيعه ؟ قال : " لا تبع ما ليس عندك " . **وعنه** رضي الله عنه أنه قال :" نهاني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن أبيع ما ليس عندي " . رواهما الترمذي وقال : " حديث حكيم بن حزام حديث حسن " ، الترمذي : سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، برقم (١٢٣٢، ١٢٣٣) ص ٣٥٨-٣٥٩ .

[٣] ذكر ابن الهمام أن بيع السلم هو بيع للمعدوم وليس قياسا على بيع المعدوم . ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت : ٨٦١هـ) ، **شرح فتح القدير للعاجز الفقير** ،٩م ،دار إحياء التراث العربي د.ت ٦/ ٢٠٧

[٤] الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٢/ ١٢

ازدياد الربح [١] .

السبب الثاني : أن المشتري يأمن - إلى حد كبير - بهذا الشراء من تقلبات الأسعار ارتفاعا وانخفاضا ، فلعله اشترى من السوق بسعر ثم هبط السعر فلا يملك أن يبيع إلا بخسارة ، فارتفاع الأسعار وانخفاضها في السوق رهينة لمبدأ العرض والطلب ، فيكون التاجر في منأى عن عواصف ارتفاع وانخفاض الأسعار ؛ لأنه اشترى بسعر أقل من القيمة السوقية أصلا .

السبب الثالث : حجز السلعة ؛ ليجدها المشتري في موسمها .

أما البائع **فله مصلحة من وجهين :**

الوجه الأول : أن في السلم تعجيل حصوله على المال والربح ، مما يمكنه من استثمار المال في العمل ، والإنفاق على النفس والعيال .

الوجه الثاني : أن البائع قد باع بضاعته كاملة أو جزءا كبيرا منها ، وقبض الثمن ، مما يجعله في سعة وراحة من هم تصريف البضاعة ، أو كسادها عنده [٢].

فإذا انعدمت هذه المصالح لا شك أن بعض الباعة والمشترين سيقعون في حرج ظاهر ، يعطل مصالحهم ، ويوقف حركة المال عندهم ، مما يؤدي إلى نفاده ؛ لعدم القدرة على الانتفاع به .

وهكذا يشترط في مختلف الأحكام الاستحسانية أن تكون محققة لمصالح العباد ، وبالتالي محققة لمقاصد الشريعة .

الضابط الثاني- أن يكون للحكم المستحسن سند شرعي :

إن السند الشرعي - نصا كان أو إجماعا أو ضرورة أو قياسا - يخرج الحكم المستحسن من كونه هوى للمستحسِن ، إلى صف منظومة الأحكام الشرعية المعتد بها .

ولقد قسم الحنفية الاستحسان إلى أنواع بحسب سندها الشرعي ؛ ليكون ذلك علامة على شرعيته أمام كل باحث ومعترض . و لا تنتفي الحاجة إلى السند الشرعي مهما كان معنى الاستحسان :

فإن قيل : إن الاستحسان منهج اجتهادي ، يعدل فيه عن حكم شرعي إلى حكم شرعي ، أجيب : أن الحكم الشرعي المعدول إليه ، لابد أن يكون له دليل شرعي يثبته ؛ ليكون حكما شرعيا معتبرا ، ودليل الحكم هو سند الاستحسان .

---

[١] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٦/ ٢٠٦

[٢] المصدر السابق نفسه ٦/ ٢٠٦

وإن قيل : هو دليل عارض القياس الظاهر ، أجيب : أن الدليل الشرعي معروفة ماهيته .
وإن قيل : هو قياس خفي ، أجيب : أنه لابد للقياس الخفي من أصل ، وهو الدليل الشرعي .
وهكذا مهما تنوع المقصود من الاستحسان واختلف فلا بد من سند شرعي يدعمه ويثبت صلاحيته.

الضابط الثالث- ألا يعارض الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة ، أو نصا محكما من الكتاب أو السنة المتواترة ، أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة :

إذا كان من الصعب أن نتصور هذه المعارضة إذا كان سند الحكم الاستحساني نصا أو إجماعا أو قياسا ، فإن من المحتمل تصورها إذا كان السند : (ضرورة أو مصلحة أو عرفا) .
و لا يخفى أن كثيرا من أهل الهوى قد اتخذوا من هذه الأدلة الشرعية بوابة مشرعة للولوج إلى ما حرم الله ، فلا بد من الضابط المذكور ؛ ليكون سدا منيعا في وجه كل صاحب هوى .
أما وجه اعتبار هذا الضابط : فمن الواضح أن كلا من (الضرورة والمصلحة والعرف) قد عرف اعتبارها من نصوص الكتاب والسنة ، فإذا جاءت هذه الأدلة بأحكام معارضة لنصوص قاطعة في الكتاب والسنة ، للزم من ذلك أن يعارض المدلول دليله ، وهو باطل [١] .
ومن أجل ضمان عدم معارضة (الضرورة أو المصلحة أوالعرف) لأصول الشريعة أو محكم نصوصها ، وضع الفقهاء ضوابط تضبطها ، وقواعد ينتهجونها ويتبعونها في اجتهادهم [٢] .
ومثال الاستحسان الفاسد : بيع الوفاء[٣] .

رابعا- أن يُعمل بالاستحسان إذا كان في تطبيق الحكم الشرعي بعد عن مقاصد الشريعة :

إن الاستحسان علاج ناجع عندما تكون لوازم الأدلة ومآلاتها بعيدة عن مقاصد الشريعة ، ولا شك أن النظر في مآلات الأدلة ولوازمها معتبر ومقصود شرعا [٤] .

---

[١] البوطي : " محمد سعيد " رمضان ، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ، ط٦، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٢م ، ص ١١٨

[٢] انظر : الزرقا : المدخل الفقهي العام ٨٧٢/٢ وما بعدها ، البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ١١٠-٢١٧ ، و الزحيلي : وهبة مصطفى ، **نظرية الضرورة الشرعية** ، ط٤ ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ص٦٨-٧٢ .

[٣] ا نظر ص ١٦٣ من هذه الرسالة .

[٤] الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٤/ ١٥٣-١٦٥

إن الحكم الشرعي لا يخلو من مصلحة تجلب أو مفسدة تدرأ ، ولكن قد يكون في اطراد تطبيق هذا الحكم مآل على خلاف ما قصد منه ، فيؤدي إلى مفسدة تساوي أو تزيد على المصلحة المراد

استجلابها أو المفسدة المراد درؤها [١] .

ومثال ذلك : النهي عن بيع المعدوم ، أو بيع ما لا يملك الإنسان [٢] : فلو اطرد حكم المنع والنهي لوقع كثير من التجار في حرج ومشقة ؛ لأنه لا يستطيع أن يشتري أو يبيع ما هو موصوف في الذمة ، والذي يكون عادة أقل ثمنا ، وأكثر ربحا للمشتري ، وفيه قضاء الحوائج ، وإنفاق السلعة للبائع . وبهذا المنع يتوقف كثير من التجار عن البيع والشراء ؛ لأن شراء السلع الحاضرة من أصحابها يكون وفق القيمة السوقية ، وقد يرتفع السعر بعد الشراء وقد ينخفض ، فإذا كان رأس المال المتاجر به لا يقوى على مجابهة تقلبات الأسعار ، اضطر صاحبه لعدم المغامرة برأس ماله ، وبالتالي تتوقف حركة المال مما يؤدي إلى هلاكه ونفاده .

وهنا يأتي الاستحسان ليعالج هذه المشقة التي قد تنتج عن اطراد تطبيق الحكم الشرعي ، فيستثنى بيع السلم من النهي السابق ؛ ليحقق مصالح تربو على المفاسد التي أراد الشارع درأها بنهيه عن بيع المعدوم . وتربو على المصالح التي أراد الشارع تحقيقها من نهيه عن بيع المعدوم .

خامسا- أن يكون المستحسِن هو المجتهد :

إذا كان الاستحسان منهجا اجتهاديا أو دليلا شرعيا فإنه لابد أن يكون المستحسِن هو المجتهد ؛ لأن المجتهد هو الذي يعرف كيف يوظف المنهج وكيف يسير عليه ، ويعرف كذلك كيف يستنبط من الدليل .

والمجتهد : هو كل من اتصف بصفة الاجتهاد [٣] . وإذا أردنا تفصيل هذا المعنى نقول : هو كل من كان قادرا على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية [٤] .

---

[١] العز : عبد العزيز بن عبدالسلام (ت : ٦٦٠هـ) ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، ط١ ، ١م ، تحقيق : عبد الغني الدقر ، دار الطباع ١٩٩٢م ص ٦٠٩ ، و الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة ١٥٤/٤

[٢] تقدم دليل النهي ص ١٢ و ص ١٦ .

[٣] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ١٤١

[٤] زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص ٤٠٢

وقد فصل العلماء الأجلاء أهم الشروط التي يجب أن يحققها الإنسان كي يصل إلى رتبة الاجتهاد وهي مبسوطة في كتب الأصول [١] . فمن لم يحصل رتبة الاجتهاد فليس من أهل استنباط الأحكام من أدلتها ، وبالتالي لا يقدر على الاستحسان .

و ما أجملَ عبارة الإمام الشافعي في هذا الصدد ! فقد قال :" ومن تكلف ما جهل ، و ما لم تُثبته معرفته كانت موافقته للصواب – إن وافقه من حيث لا يعرفه – غير محمودة ، والله أعلم . وكان بخطئه غير معذور إذا ما نطق فيما لا يحيط علمه بالفرق بين الخطأ والصواب فيه " [٢] .

سادسا- ألا يؤدي الحكم المستحسن إلى ذريعة فساد :

الذريعة : هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة [٣] .

والمفسدة : هي كل ما فوت مقصود الشارع [٤] .

إذا كان الاستحسان رقيبا أمينا على مآل تطبيق الأحكام الشرعية ، يحفظ خط سيرها من الميل عن طريق مقاصد الشارع - وفي هذا مصلحة عظمى - فلا يجوز أن تنقلب الغاية من الحكم المستحسن لتصير مفوتة لمقاصد الشارع .

ومثال هذا الضابط : بيع الوفاء الذي يؤول تجويزه إلى إباحة الربا [٥] .

---

(١) انظر :الغزالي : المستصفى ٢/ ٥١١ وما بعدها ، الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٤٢/٤ ، المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ١١٧/٢-١١٨ ، الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٨٥/٤ وما بعدها ، الأنصاري : عبد العلي محمد بن نظام الدين (ت : ١٢٢٥) ، **فواتح الرحموت** شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه ، دار الأرقم بيروت د.ت ٥٩٩/٢ –٦٠٠ ، مطبوع مع المستصفى . خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ١٣-١٧ ، أبو زهرة : أصول الفقه ٣٨٠ – ٣٨٩ ، زيدان : الوجيز في أصول الفقه ص٤٠٢- ٤٠٥ .

(٢) الشافعي : محمد بن إدريس (ت : ٢٠٤هـ) **الرسالة** ، ١م ، تحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت ، ص ٥٣ .

(٣) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٤/ ١٥٧

(٤) الغزالي : المستصفى من علم الأصول ٦٣٦/١

(٥) انظر ص ١٦٣ من هذه الرسالة .

وإن الحكم المستحسن كغيره من الأحكام تنطبق عليه قاعدة المقاصد والوسائل ، فكل وسيلة لمصلحة لا شك أنها مصلحة ، وكل وسيلة لمفسدة لا ريب أنها مفسدة ؛ لأن وسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما عند الشارع مقصود [١] .

المطلب الثالث – أنواع الاستحسان :

على الرغم من اختلاف عبارات الحنفية في تعريف الاستحسان إلا أننا نلحظ أنها متفقة في أنواعه .

فقد قسم الحنفية الاستحسان إلى أربعة أنواع [٢] :

النوع الأول - استحسان النص :

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ؛ بسبب ورود النص فيها [٣] . وهذا النوع من الاستحسان لا عمل للمجتهد فيه ، بل يستدل به على تجويز مبدأ الاستحسان .

مثاله :

انتقاض وضوء البالغ اليقظان بالقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود [٤] .

القياس المعدول عنه :

---

[١] ابن قيم الجوزية : محمد بن أبي بكر (ت: ٧٥١هـ) **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق : طه عبدالرؤوف سعد ، دار الجيل بيروت ، ١٩٧٣ م ، ١٣٥/٣ . ومن كلام ابن القيم : " لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها ، معتبرة بها ، ..."

[٢] البزدوي : أصول البزدوي ١٠/٤ ، السرخسي : أصول السرخسي ١٩٢/٢ ، المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ٢/ ٨٢ ، ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت : ٨٦١هـ) ، **التحرير** في أصول الفقه ، ١م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٠م ص ٤٨٠ .

[٣] هذا التعريف مأخوذ من شرح أ. الزرقا لمعنى الاستحسان . الزرقا : المدخل الفقهي العام ٨٨/١ .

[٤] المرغيناني : علي بن أبي بكر (ت : ٥٩٣هـ) **الهداية شرح بداية المبتدي** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية بيروت ،١٩٩٠م ١٦/١ ، ابن مودود : عبد الله بن محمود الموصلي (ت : ٦٨٣هـ) **الاختيار لتعليل المختار** ، ٢م ، دار الأرقم بيروت د.ت ١٨/١ ، الشرنبلالي : حسن بن عمار(ت: ١٠٦٩هـ) **مراقي الفلاح** شرح نور الإيضاح ونجاة الأرواح ، ط١ ، ١م ، تحقيق : عبد الجليل العطا ،دار النعمان للعلوم دمشق وبيروت ، ١٩٩٠م ، ص ١٢٥-١٢٦ . وفيه : أن القهقهة :هي ما يكون مسموعا له ولجيرانه ، بخلاف الضحك فإنه مسموع له وحده ، وهو يفسد الصلاة دون الوضوء .

عدم انتقاض الوضوء بالقهقهة في الصلاة ؛ لأن ما كان حدثا في الصلاة فهو حدث في غيرهـا ، ولا خلاف في كون القهقهة ليست حدثا : في صلاة الجنازة ، وسجدة التلاوة ، وخارج الصـلاة ، فالقياس يقضي ألا تكون حدثا في الصلاة [١] .

وجه الاستحسان :

قوله(صلى الله عليه وسلم) : " ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا"[٢]

وتجدر الملاحظة أن هذا الأثر قد ورد في صلاة ذات ركوع وسجود ، فيقتصر على ما ورد [٣] ؛ لأنه جاء على خلاف القياس من غير تعليل ، فلا يعدى إلى غيره : كصلاة الجنـازة أو سـجدة التلاوة [٤] .

وبهذا يظهر جليا أن الحديث وإن كان ضعيفا يقدم على القياس في المذهب الحنفي .

النوع الثاني- استحسان الإجماع :

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ؛ بسبب وجود الإجماع .

مثاله :

جواز عقد الاستصناع فيما جرت به العادة [٥] ، وهو عقد يطلب بموجبه العمل من الصـانع فـي شيء خاص على وجه مخصوص ، ويحدد له الثمن [٦] .

القياس المعدول عنه :

---

(١) الجصاص : الفصول في الأصول ٢/ ٢٧٤ ، المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ، و ابـن مـودود : الاختيار لتعليل المختار ١٨/١ .

(٢) الدارقطني : علي بن عمر ، **سنن الدارقطني ،** ٤م ، تحقيق : عبدالله المدني ، دار المعرفة بيروت ، ١٩٦٦ ، كتاب الصلاة ، باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها ، ١٦١/١ ، الحديث ضعيف ، انظر الزيلعي : نصب الراية ٤٧/١ .

(٣) عن أبي المليح عن أبيه أنه قال : كنا نصلي خلف رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فجـاء رجـل ضـرير البصر ، فتردى في حفرة كانت في المسجد ، فضحك ناس من خلفه ، فأمر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة . الدارقطني : سنن الدارقطني ١٦١/١ .

(٤) الجصاص : الفصول في الأصول ٢/ ٢٧٤-٢٧٥ .

(٥) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٦/٢ ، وابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٧٥/٢ .

(٦) الجصاص : الفصول في الأصول ٣٥٥/٢ ، وابن عابدين : محمد أمين بن عمـر (ت: ١٢٥٢هـ-/١٨٣٦م) **حاشية رد المحتار على الدر المختار** ٧م ، دار إحياء التراث العربي بيروت د.ت ٢١٢/٤ .

عدم جواز هذا العقد ؛ لأنه بيع المعدوم ، وهو منهي عنه [١] .

فصار كما لو اشـترى رجل من آخر : خفا ، أو قَلَنْسـوة ، أو نحو ذلك مما ليس عند البائع [٢].

وجه الاستحسان :

الإجماع الثابت بتعامل الناس [٣] .

ولابد من التنبيه على مسألتين :

المسألة الأولى : بم يكون الإجماع في مسـائل هذا النوع ؟ و كيف حصل الإجمـاع فـي هـذه المسألة ؟

والمسألة الثانية : جعل الشيخ عبد الوهاب خلاف الاستصناع من استحسان العرف ، فما صحة ما ذكره ؟

المسألة الأولى :

الفرع الأول - يكون الإجماع في مسائل هذا النوع من الاستحسان بأحد أمرين [٤] :

أولا- بإفتاء المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها أو على خلاف مقتضـى الـدليل العام .

ثانيا- بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل به الناس مما خالف القياس .

الفرع الثاني – أما عن كيفية حصول الإجماع : فلنا أن نتصور أن الناس في مكان ما دون غيره قد تعاملوا بالاستصناع على الرغم من كونه بيعا للمعدوم لحاجتهم إليه ، ثم عم وانتشر في سـائر البقاع ، واطلع المجتهدون على هذا العقد حال انتشاره بشكل تدريجي ولم ينكره أحد منهم ، فـتم

---

(١) انظر ص ١٢وص١٦ .

(٢) الجصاص : الفصول في الأصول ٢/ ٣٥٥

(٣) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٨٦ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٢٧٥

(٤) شلبي : تعليل الأحكام ص٣٥٠ ، وشلبي : أصول الفقه الإسلامي ص ٢٨٦ .

الإجماع وتقرر [١] . أي أننا نتحدث عن حصول الإجماع العملي ، والذي يفسر قول فقهاء الحنفية : " ثبت بالإجماع للتعامل"[٢].

ولكن سؤالا مهما يحتاج إلى جواب وهو : إذا كان الإجماع دليلًا من خالف القياس بعد انعقـاده ، فما دليل من سكت عن مخالفة القياس قبل انعقاد الإجماع ؟

الجواب : إن حاجة الناس ومصلحتهم هي الدليل الذي اعتمد عليه كل مجتهد في عـدم إنكـاره ، وهي السر في سكوته وإقراره ، ولا ريب أن الشرع قد اعتبر مثل هذه الحاجة والمصلحة[٣]. وقد مر معنا أن الاستحسان يحافظ على مقاصد الشريعة ويعمل على تحقيقهـا ، ولا يخفـى أن مـن مقاصد الشريعة مراعاة حاجات الناس ، ورعاية مصالحهم .

المسألة الثانية :

لقد مثل الحنفية على (استحسان الإجماع) بالاستصناع [٤] ، وكذلك فعل كثير من المعاصـرين [٥] إلا أن الشيخ عبد الوهاب خلاف جعله مثالا على استحسان العرف [٦] ، ولعل ذلك لما ذكرنا مـن كيفية ثبوت الإجماع ، إذ كان العقد في البداية مختصا ببقعة ثم انتشر حتى صار عرفـا عامـا ، ومع انتشاره بين العلماء من غير نكير انعقد الإجماع . فأصل هذا الإجماع العرف العام [٧].

يقول الشيخ أبو زهرة في عقد الاستصناع :" ...فإن القياس كان يوجب بطلانه ؛ لأن محل العقد معدوم وقت إنشاء العقد ، ولكن العمل في كل الأزمان على صحته ، وتعارفوا على عقده ، فكـان ذلك إجماعا ، أو عرفا عاما يترك به القياس ، وكان عدولا عن دليل إلى أقوى منـه. ويقـارب

---

(١) شلبي : تعليل الأحكام ص ٣٥٠ .

(٢) قال الجصاص :" والمراد بقولهم عمل الناس : أن السلف من الصحابة وعلماء التابعين قد كـانوا يشـاهدون الناس يفعلون ذلك ، فلم يظهر من أحد منهم نكير على فاعله ، فصار ذلك إجازة منهم له ، وإقرارا عليه ... فصار ذلك أصلا بنفسه خارجا عن موجب القياس " الجصاص : الفصول في الأصول ٣٥٤/٢

(٣) شلبي : تعليل الأحكام ص ٣٥٠

(٤) الجصاص : الفصول في الأصول ٣٥٥/٢ ، والسرخسي : أصول السرخسي ١٩٢/٢ ، والبخاري : كشـف الأسرار ١١/٤ .

(٥) أبو زهرة : أصول الفقه ص ٢٦٧ ، و شلبي : أصول الفقه الإسلامي ١/ ٢٨٦ ، و زيـدان : الـوجيز فـي أصول الفقه ص ٢٣٣ .

(٦) خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص ٧٤ .

(٧) " العرف العام : هو الذي اتفق عليه الناس في كل الأمصار " أبو زهرة : أصول الفقه ص ٢٧٤ .

استحسان الإجماع في معناه استحسان العرف ؛ فإنه يكون لدفع المشقة ، ويكون في حال العرف العام " [١] .

ولذلك نجد أن التمثيل على استحسان العرف بالاستصناع له وجه يؤيده ، وأصل ينبني عليه [٢].

النوع الثالث- استحسان الضرورة :

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية للضرورة أو للحاجة [٣] .

مثاله :

عدم فساد البئر الصغيرة بوقوع البعرة والبعرتين فيها [٤].

القياس المعدول عنه :

فساد ماء البئر الصغيرة بوقوع النجاسة فيها ؛ لأن قليل النجاسة ينجس قليل الماء ، وإن لم يظهر أثر النجاسة في الماء .

فصارت هذه المسألة كوقوع قطرة خمر أو قطرة دم في البئر الصغيرة ، حيث تنجس البئر ، ويجب نزح مائها [٥] .

---

(١) أبو زهرة : أصول الفقه ص ٢٦٧ .

(٢) وعلى الرغم من هذا الإيضاح الذي يأتي موافقا لما ذكره الحنفية ورأوه إلا أنني أرى أن الاستصناع ليس المثال الصحيح على استحسان الإجماع ؛ لأن مشروعيته قد ثبتت بالنص . انظر ص ١٥٨ . من هذه الرسالة

(٣) إن استحسان الضرورة عند الحنفية يتناول ما كان ضروريا وما كان حاجيا كما هو ظاهر من أمثلتهم ، بل وتصريحاتهم بأن هذا للضرورة وذاك للحاجة ، ولا يخفى أن الأول للمحافظة على الحياة ، والثاني لرفع الحرج . انظر : خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص ٧٤ .

(٤) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٢/١، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٦/١ ، قال صاحب الوشاح على نور الإيضاح :" تقدر البئر-كالأحواض- بالمساحة ، فالصغيرة مادون مساحة مئة ذراع من ذراع العامة (وهو قريب من ٥٠ سم) في المربع وأشباهه ، وفي المدور ما دون ستةوثلاثين ذراعا ، وهو حاصل ضرب نصف القطر في مثله في ٣,١٤ " . البكري : عبد الجليل العطا ، **الوشاح** على نور الإيضاح ونجاة الأرواح للشرنبلالي ، ط٢ ، ١م ، دار النعمان ، دمشق ، ١٩٩٦م ص٣٥ .

(٥) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٢/١، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٦/١ ، الشرنبلالي : مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ونجاة الأرواح ص٧٩ . " نزح البئر ينزحها (بكسر الزاي) وينزحها نزحا ، وأنزحها : استقى ما فيها حتى ينفد ، وقيل : حتى يقل ماؤها ... قال الليث : والصواب عندنا : نُزحت البئر إذا استقي ماؤها ..." ابن منظور : لسان العرب باب (نزح) ٦١٤/٢ .

وجه الاستحسان :

إن آبار الفلوات [١] ليست لها رؤوس حاجزة ، والمواشي تبعر حولها ، فيسقط البعر في الآبار ، فعفي عن قليل البعر للضرورة ، ولا ضرورة في الكثير [٢] .

النوع الرابع- استحسان القياس :

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية الظاهرة ، وتلحق بنظائر قياسية خفية .

مثاله :

إذا دخل الحرز جماعة ، فتولى بعضهم الأخذ ، قطعوا جميعا [٣] .

القياس المعدول عنه :

أن تقطع يد من حمل المسروق إلى خارج الحرز فقط ؛ لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعـد الأخذ ، فالأخذ وإن أضيف إلى الكل ، فإن الإخراج إنما أضيف للبعض [٤] .

وجه الاستحسان :

إن إخراج المسروق تم من الكل معنى ، بسبب المعاونة ، **فتقاس على السرقة الكبرى** [١] ، فـإن السارقين يوزعون الأدوار فيما بينهم ، فيحمل بعضهم المتاع ، ويستعد الآخرون للـدفع ، فتمـام الفعل والقدرة عليه تحصلت بهم جميعا ، فلو امتنع القطع لسد باب الحد [٢] .

---

(١) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٢/١ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ١/ ٢٦ ، وذكر صاحب الاختيار أن الحكم غير مختص بالفلوات بل يشمل آبار الأمصار أيضا ، ونبه على الخلاف فيه صاحب فتح القدير . انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ١/ ٨٦-٨٧ .

(٢) المعتمد أن الكثير هو ما يستكثره الناظر ، وهو مروي عن الإمام أبي حنيفة . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٢٢ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٦/١ .

(٣) إذا بلغ نصيب كل واحد منهم نصاب القطع . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤١٥/١ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٣٥٧/٢ .

(٤) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ١/ ٤١٥ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ١٤٩ ، ابـن مـودود : الاختيار لتعليل المختار ٣٥٧/٢

ملاحظات على التقسيم السابق :

أولا- إن التقسيم السابق مبني على النظر إلى سند الاستحسان نصا كان أو إجماعا أو ضرورة أو قياسا خفيا .

ثانيا- اعترض د. محمد مصطفى شلبي على تقسيم الحنفية السابق حيث حُصرت أنواع الاستحسان بأربعة فقط ، مع أن المتتبع لكتب الفقه عند الحنفية يجد أنها تربو على الثمانية [٣] ، ولا يخفى أن اعتراض د. شلبي في محله ، لهذا زاد على الأربعة السابقة أربعة أخرى ومثل عليها [٤] .

ثالثا- اعترض الأستاذ مصطفى الزرقا على التقسيم السابق معتبرا أن ذكر استحسان السنة ، واستحسان الإجماع إقحام للشيء في غير محله ؛ لأن الحكم الثابت بهما إنما يضاف ثبوته إلى النص أو الإجماع لا إلى قياس أو استحسان ، لذلك يرى أن الاستحسان ينقسم إلى قسمين هما : الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة [٥] .

---

(١) المقصود بها الحرابة وقطع الطريق ، ووجه الشبه بين المسألتين : أن في قطع الطريق يقوم البعض بالقتل والأخذ ، بينما يقف الباقون للدفع ، فيجب حد قطع الطريق على الكل ؛ لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ١٤٩ .

(٢) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤١٥/١ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ١٤٩/٥ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٢٥٧ .

(٣) شلبي : تعليل الأحكام ص٣٢٧ و ص٣٤٨ .

(٤) شلبي : تعليل الأحكام ص ٣٤٨ وما بعدها ، والأنواع الأربعة التي ذكرها شلبي هي : استحسان العرف ، واستحسان المصلحة ، واستحسان الاحتياط ومراعاة الخلاف ، واستحسان ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته . وأذكر هنا ملاحظتين : **الأولى :** أنه في بعض المسائل يكون الاستحسان للاحتياط فقط دون مراعاة الخلاف ، ومثاله : وجوب العدة عند فساد الخلوة بالموانع . انظر : المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٢٤/١ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢١٩/٣ .**والثانية :** قال د. محمد خالد منصور : " تميز المالكية بالأخذ بالاستحسان المبني على مراعاة الخلاف ، والاستحسان بترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته ؛ لرفع المشقة والحرج ، وإيثار التوسعة على الخلق ، **وهذا ما لم نره عند الحنفية** " منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص ٢٠٦ . و لا يخفى أن هذا الكلام صحيح إذا أريد به كتب الأصول عند الحنفية ، أما كتب الفروع فقد ذكرت هذين النوعين من أنواع الاستحسان كما بين .

(٥) يستخدم أبو زهرة والزرقا (رحمهما الله تعالى) مصطلح استحسان السنة ، أبو زهرة : أصول الفقه ص ٢٦٧ ، الزرقا : المدخل الفقهي العام ٨٨/١-٩٤ ، وهذا غير دقيق لسببين : الأول : أن الحنفية يستخدمون مصطلح استحسان النص ، ولا يخصون السنة بالذكر . **والثاني :** أن الاستحسان قد ثبت بالكتاب العزيز في

رابعا- ذكر الشيخ عبدالوهاب خلاف أن الحنفية قد انفردوا عن المالكية بذكر نوعين من أنواع الاستحسان هما : استحسان النص واستحسان القياس (١) ، ويرى الشيخ خلاف أن لا وجه لذكرهما ؛ لأن مصدر الحكم في النوع الأول النص ، ومصدر الحكم في النوع الثاني القياس ، وأنه عند التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم ، وإنما حكم ابتداء بالنص في الأول ، وحكم ابتداء بأرجح القياسين في الثاني (٢) .

وحاصل الاعتراضين : أن لا وجه لذكر استحسان النص ، واستحسان الإجماع ، واستحسان القياس (٣) .

ويجاب عن الحنفية بخصوص هذين الاعتراضين ببيان خمس نقاط :

الأولى : إن هذه التسميات اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح (٤) .

أكثر من مسألة ، وأضرب مثالا على ذلك : جواز الوصية ، فهي غير جائزة قياسا ؛ لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملكية بالموت ، ولو أضيف إلى حال قيام الملكية بأن قيل : ملكتك غدا ، كان باطلا ، فهذا أولى ، ولكنها استثنيت بقوله تعالى :" من بعد وصية يوصي بها أو دين " سورة النساء / ١١ . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٥٨٢ .

(١) قال الشيخ خلاف (رحمه الله تعالى) :" قسم المالكية الاستحسان إلى ثلاثة أنواع : استحسان العرف ، واستحسان المصلحة ، واستحسان رفع الحرج " . خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص ٧٤ . ولم يذكر الشخ خلاف استحسان الإجماع . بينما نجد الشاطبي يذكره من أنواع الاستحسان عند المالكية الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ١٦٤/٤ ، وقد نبه د. محمد خالد منصور أن المقصود بالإجماع هو : اتفاق فقهاء المالكية ، وليس المقصود الإجماع المصطلح عليه في علم الأصول . منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص ٢٠٥ .

(٢) ذكر الشيخ خلاف أنواع الاستحسان الأربعةعند الحنفية إلا أنه أبدل باستحسان الإجماع استحسان العرف المصدر السابق نفسه ص ٧٥ .

(٣) **وقد كان الإمام الشوكاني سباقا إلى هذا الاعتراض** حيث قال : " إن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلا ؛ لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء " الشوكاني : محمد بن علي (ت : ١٢٥٠هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط١ ، ١م ، تحقيق : محمد سعيد البدري ، دار الفكر بيروت ١٩٩٢م ص ٤٠٣ .

(٤) زيدان : الوجيز في أصول الفقه ٢٣٥ ، لا مشاحة : " أي لا نزاع في أن يطلق كل عالم على مفهوم معين ما يشاء من مصطلح ، فيختلفون في التسمية ، ويتفقون في المفهوم والحقيقة " الدريني : المناهج الأصولية في الاجتهاد في الرأي في التشريع الإسلامي ص ٢٥٣ .

الثانية : إن منهج الحنفية –الذي مر ذكره- [(١)] هو الذي أوجد هذه التسميات ، فقد ذكرت سابقا أنهم يعللون النصوص ، ثم يعممون هذه العلل على المسائل التي لا نص فيها ، حتى إذا صادمت نصا أو إجماعا تبين خطأ هذا التعميم في تلك المسألة ، فيعدلون عن تعميمهم ويأخذون بالنص أو بالإجماع ، ولما كان هذا النص أو الإجماع خارجين بهذه المسألة عن مسائل كثيرة دخلت في تعليلهم الذي عمم ، اعتبر هذا النص أو الإجماع على خلاف القياس ، فظهر استحسان النص أو استحسان الإجماع ، فعدل بالمسألة بسببهما عن حكم نظائرها إلى حكم آخر ، وهو معنى الاستحسان .

الثالثة : إن الهدف من جعل هذا (النص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس) استحسانا هو بيان أن ثمة معارضة لهذه الأدلة من أدلة أخرى : نصا عاما كانت ، أو أصلا عاما ، أو قاعدة عامة ؛ لأن الاستحسان لا يوجد إلا عند المعارضة [(٢)] ، ولهذا اعتبرالاستحسان "ترجيح دليل على دليل" [(٣)] .

فإن قيل : ما الفائدة من بيان هذه المعارضة ؟ **الجواب :** الفائدة هي التنبيه على أن هذه الأدلة المستحسنة مستثناة من عموم نص ، أو أصل عام ، أو قاعدة كلية ، وبعبارة أخرى : أن هذه الأدلة جاءت على خلاف القياس [(٤)] .

الرابعة : إن من شروط الأصل في القياس **أن** لا يكون معدولا به عن سنن القياس [(٥)] . وما سماه الحنفية من استحسان (النص ، أوالإجماع ، أوالضرورة ، أوغيرها حاشا استحسان القياس) كلها

---

(١) انظر ص ١٢ .

(٢) قال السرخسي :" فكذلك استعمال علمائنا عبارة القياس والاستحسان **للتمييز بين الدليلين المتعارضين** ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسنا ، ولكونه مائلا عن سنن القياس " السرخسي : أصول السرخسي ١٩٠/٢ . ويقول شلبي في الفرق بين القياس والاستحسان :" أن القياس يكون في المسائل التي لا دليل عليها غيره ، ومن ثم لا يكون لها إلا حكم واحد ، **والاستحسان لا يكون إلا في المسائل التي تعارض فيها دليلان** ، يعمل المجتهد بأرجحهما ، وهذا يقضي أن يكون للمسألة حكمان ، يعدل المجتهد عن أحدهما إلى الآخر بوجه يقتضي العدول " شلبي : أصول الفقه الإسلامي ٢٩٣/١ .

(٣) يقول الشيخ خلاف : " فالاستحسان عند التحقيق هو : ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا " خلاف : مصار التشريع الإسلامي فيما لانص فيه ص ٧٢

(٤) مر معنا أن من تعريفات الاستحسان انه : الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر . انظر ص ١٠ .

(٥) السرخسي : أصول السرخسي ١٤٧/٢ ، المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ٥٦/٢ ، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ١٦٨/٣ ، الحصكفي : إفاضة الأنوار ص ٢٥٢ .

جاءت على خلاف القياس ؛ لمعارضتها لنصوص عامة ، أو قواعد كلية –كما بين- فلا تصلح أن يقاس عليها [(١)] ، ومن هنا عمل الحنفية بقاعدتهم وهي : ما ثبت على خلاف القياس ، فغيره عليه لا يقاس [(٢)] . وفي قولهم : هذا استحسان بالنص أو بالإجماع تنبيه على شرط القياس المذكور ، فكأنهم يقولون : إن هذا النص الذي كان وجها للاستحسان جاء على خلاف القياس ، فلا يصلح أصلا يقاس عليه .

لهذا نجد أن الحنفية قد صرحوا **أن الفرق بين استحسان القياس** وغيره من أنواع الاستحسان: هو جواز القياس على الأول ، وعدم جواز القياس على الثاني [(٣)] .

ولعل هذا هو السبب في ذكر الشيخ أبي زهرة أن الاستحسان عند الحنفية على قسمين [(٤)] :

القسم الأول : استحسان القياس .

القسم الثاني : استحسان سببه معارضة القياس لأدلة شرعية أخرى .

والخلاصة : أن التقسيم السابق له غاية وهدف ، وليس فيه حشر لشيء في غير موضعه .

تنبيه :

لقد اشْتُهر بين علماء الحنفية أن ما كان على خلاف القياس ، فغيره عليه لا يقاس ، حتى غدت قاعدة كما سبق ذكره [(٥)] ، ولا يخفى أن هذه القاعدة ليست على الإطلاق ؛ فإن النص إذا كان معدولا به عن القياس ، وكان معقول المعنى ، جاز القياس عليه [(٦)] .

---

(١) السرخسي : أصول السرخسي ١٩٥/٢ ، المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ٨٤/٢ ، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣٠٠/٣ ، الحصكفي : إفاضة الأنوار ص ٢٦٨ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٥) ص ٨٨ ، و الزرقا (الأب) : أحمد بن محمد (ت :١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م) شرح القواعد الفقهية ، دار القلم دمشق ط٢ ١٩٨٩م ص ١٥١ .

(٣) السرخسي : أصول السرخسي ١٩٥/٢ ، المحبوبي التوضيح لمتن التنقيح ٨٤/٢ ، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣٠٠/٣ .

(٤) أبو زهرة : أصول الفقه ص ٢٦٤ .

(٥) السرخسي : أصول السرخسي ٢/ ١٤٧و١٩٥ ، المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ٢/ ٥٦و٨٤ ، ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣/ ١٦٨ و٣٠٠ .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٤/ ١٣٩ و١٤٣ ، يقول الإمام عبد العزيز البخاري في الكشف : " واعلم بأن بعض المحققين- يعني الإمام الغزالي - ذكر في تصنيف له في أصول الفقه-يعني المستصفى٢/٤٤٠-٤٤٤- : أنه اشتهر بين الفقهاء أن المعدول به عن القياس ، لا يقاس عليه غيره ، ولكنه

الخامسة : ذكر الأستاذ الزرقا أن سبب التقسيم السابق هو رغبة القائلين بالاستحسان أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون الاستحسان قولا بالهوى بلا دليل ، فوسعوا معناه الأصلي ليفهموا المخالفين أن من معاني الاستحسان الاستناد إلى النص أو الإجماع [1] .

ويمكن أن يعترض على ما ذكره الأستاذ الزرقا :

أن الحنفية عندما كتبوا أصولهم استندوا إلى ما جاء عن سلفهم في الفروع ، ولولا ورود هذه الأنواع من الاستحسان في تلك الفروع ، لما ذكرها علماء الأصول ، فهذه الأنواع موجودة أصلا قبل تدوين الأصول ، ولم يتكلفوا إقحامها جوابا عن أحد [2] .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

أن توسعة معنى الاستحسان إنما جاءت لتشير إلى أن المجتهد يستقرئ منهج الشارع ، فيجد أن الشارع يقرر الأصل الكلي ، أو القياس العام ، ثم يستثني منه ، وهذا هو منهج الاستحسان ، فهي إذن عملية استدلال بالمنهج .

محتاج إلى تفصيل " ثم ذكر أن الخارج عن القياس على أربعة أوجه منها : ما استثني عن قاعدة سابقة لمعنى ، فيجوز أن يقاس عليه كل مسألة دارت بين المستثنى والمستبقى ، وشاركت المستثنى في علة الاستثناء . ومثاله : قياس من جامع ناسيا على من أكل ناسيا . انظر : الغزالي : المستصفى ٢/٤٤٠-٤٤٤ ، البخاري : كشف الأسرار ٣/ ٥٥٠-٥٥١ .

(١) الزرقا : المدخل الفقهي العام ٩٥/١ هامش رقم (١) .

(٢) يقول د. علاء الدين رحال في معرض رده على كلام الأستاذ الزرقا (رحمه الله تعالى) :" لكني لا أميل لهذا الرأي ولهذا التحليل ؛ لأن الحنفية عملوا بالاستحسان ابتداء قبل أن يظهر المعارضون له ، فقد أفتى أبو حنيفة في بعض المسائل وقال : أستحسن كذا وأدع القياس ، قبل أن يظهر الخلاف في الاستحسان ، وكان الاستحسان في بدايته يستند إما إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الضرورة أو العرف ، وكان الحنفية يدعون أصولهم المقررة ويعملون بالاستحسان وهم غير معنيين برأي غيرهم في الاستحسان " . رحال : علاء الدين حسين (٢٠٠٤) الاستحسان مسلك لفهم الدليل الشرعي وتطبيقه، أبحاث اليرموك " سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية" ٧ (١٢) ص ٩٠٧ .

المبحث الثاني

مواقف الأصوليين من الاستحسان ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حجية الاستحسان عند الأصوليين

المطلب الثاني : حقيقة الخلاف في الاستحسان بين الأصوليين

المبحث الثاني - مواقف الأصوليين من الاستحسان :

المطلب الأول : حجية الاستحسان عند الأصوليين :

اختلف الأصوليون في حجية الاستحسان على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه دليل شرعي ، القول الثاني : أنه ليس دليلا شرعيا ، القول الثالث : أنـه لـيس دليلا مستقلا ، وإليك بيان هذه الآراء :

القول الأول :

إن الاستحسان دليل شرعي يعمل به ، ويعتمد عليـه ، وبـه قـال الحنفيـة[١] ، والمالكيـة [٢]، والحنابلة[٣] .

ولقد أثر القول بالاستحسان عن أئمة هذه المذاهب ، والجامع المشترك بينهم أن أحدا منهم لم يضع له تعريفا ، لكن أتباع كل مذهب من هذه المذاهب وضعوا تعريفات للاستحسان تتلاءم مع ما قاله إمامهم فيه ، وقد نسب إلى بعض أتباع هذه المذاهب نفي حجية الاستحسان في مذهبهم ، وإليـك بيان هذا الإجمال :

---

[١] السرخسي : أصول السرخسي ٢/ ١٨٩ وما بعدها

[٢] والشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ١٦٢/٤

[٣] وابن قدامة (الموفق) : عبد الله بن أحمد (ت : ٦٣٠هـ) **روضة الناظر وجنة المناظر** ، المطبعة السلفية المدينة المنورة ١٩٦٥ م ، ص ٨٥ . **ولمعرفة أدلة كل رأي** انظر : البغا : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ص ١٣٣ ، والفرفور : ولي الدين " محمد صالح " ، **المذهب في أصول المذهب** للإخسيكتي (ت : ٦٤٤هـ) ط١، ٢م ، دار الفرفور، دمشق ، ١٩٩٩م ، ٢٠٨/٢ وما بعدها .

أولا- الحنفية :

قال محمد بن الحسن الشيباني [(١)] : " كان أبو حنيفة (رحمه الله) يناظر أصحابه في المقـاييس ، فينتصفون منه ويعارضونه ، حتى إذا قال : أستحسن ، لم يلحقه أحد منهم ؛ لكثرة ما يورد فـي الاستحسان من المسائل ، فيدعون جميعا ، ويسلمون له " [(٢)] .

اعتراض :

إن الإمام الطحاوي [(٣)] لا يقول بالاسـتحسـان بل هو ينكره ، ففي إطلاق حجيته عند الحنفيـة نظر [(٤)] .

وأجيبُ عن الحنفية بجوابين :

الجواب الأول : لا نسلم بصحة هذه النسبة للطحاوي ، إذ لم يبين من نسب إليـه أيـن وجدهـذا الاعتراض فيما كتبه الطحاوي ؟ والبينة على المدعي .

الجواب الثاني : إن الطحاوي من أبناء الطبقة الثالثة من طبقات المجتهدين التي لا يسع أصحابها مخالفة إمامهم في الأصول ولا في الفروع [(٥)] ، وقد ثبت أن الإمام أبا حنيفة كان يأخذ بالاستحسان ، فلا يعتد بمخالفة الطحاوي له .

---

(١) الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، أبوعبد الله ، إمام بالفقه والأصول ، ولد بواسط ، ونشأ بالكوفة ، تتلمذ على يد الإمام أبي حنيفة ، له : الجامع الكبير والصغير والمبسوط وغيرها ، توفي بالري سـنة (١٨٩هـ ـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١١٥/١.

(٢) المكي : الموفق بن أحمد (ت : ٥٦٨هـ) ، مناقب أبي حنيفة ، ١م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١م ، ٨١/١ .

(٣) أحمد بن محمد الطحاوي ، أبو جعفر ، فقيه حنفي من الطبقة الثالثة ، برز في الحديث والفقه ، لـه : معـاني الآثار ، وبيان مشكل الآثار ، والشروط الكبير والصغير ، وغيرها ، توفي سنة (٣٢١هـ) . الذهبي : سير أعلام النبلاء ١٥ /٢٧ .

(٤) نسب ذلك إليه الإمام ابن حزم في (الإحكام) حيث قال :" وأنكره من أصحاب مذهب أبي حنيفة أحمـد بـن محمد الطحاوي " . ابن حزم : علي بن أحمد (ت : ٤٥٦ هـ) **الإحكام** ، ط٢ ، ٢م ، دار الحديث القـاهرة ١٩٩٢م ١٩٢/٢ . وكذلك نقل إنكار الطحاوي بعض المعاصرين ، مع ملاحظة أن أحدهم لم ينسب ذلك إلى ما كتبه الطحاوي . انظر : النشمي : الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه ص ١١٤ ، و أبو الريش : موسى عايش (١٩٩٨م) **التشريع بين استحسان النقل واستحسان العقل** ، مجلة البلقاء ، ٥ (٢)ص ١٤١

(٥) ابن عابدين : محمد أمين بن عمر (ت : ١٢٥٢هـ) **رسالة في شرح منظومـة عقـود رسـم المفتـي** ، مجموعة رسائل ابن عابدين ، ١م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت ١١/١-١٢ .

ثانيا- المالكية :

روى محمد بن أحمد العتبي [١]قال : حدثنا أصبغ بن الفرج [٢]

قال : سمعت ابن القاسم [٣] يقول ويروي عن مالك أنه قال :

" تسعة أعشار العلم الاستحسان " [٤]

وقد نسب أحد المعاصرين [٥] إلى الإمام مالك أنه قال : " الاستحسان عماد العلم " .

كما نسب آخر [٦] للإمام مالك أنه قال : " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة " .

والصحيح أن هاتين الجملتين من كلام الإمام أصبغ ، فقد جاء في (الموافقات) : " وقد بالغ أصبغ في الاستحسان حتى قال : إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وإن الاستحسان عماد العلم " [٧] .

اعتراض :

لقد نفى القاضي عبد الوهاب المالكي أن يكون الإمام مالك قد نص على الاستحسان [٨] .

---

[١] محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن عتبة المالكي ، أبو عبد الله ، فقيه الأندلس ، صاحب كتاب (العتبية) ، سمع يحيى الليثي ، وأصبغ بن الفرج ، وسحنون بن سعيد وغيرهم ، توفي سنة : ٢٥٥هـ - وقيل ٢٥٤هـ - . الذهبي : سير أعلام النبلاء ٣٣٥/١٢-٣٣٦ .

[٢] أصبغ بن الفرج بن سعيد المصري المالكي ، مفتي الديار المصرية ، أبو عبدالله ، طلب العلم وهو شاب كبير ففاته سماع مالك والليث ، سمع من أشهب وابن وهب وابن القاسم ، حدث عنه البخاري وابن معين ، توفي سنة : ٢٢٥هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء ١٠ /٦٥٦ .

[٣] عبدالرحمن بن القاسم بن خالد المصري المالكي ، صحب مالكا وروى عنه ، وعنه روى أصبغ وسحنون ، قال النسائي : هو ثقة مأمون ، توفي سنة : ١٩١هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء ١٢٠/٩

[٤] الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ١٦٥/٤ .

[٥] مرعي : الاستحسان عند الأئمة الأربعة وتطبيقاته الفقهية ص ١٢

[٦] البغا : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ص ١٣١ .

[٧] الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٤/ ١٦٦ .

[٨] الفتوحي : شرح الكوكب المنير ص ٣٨٧ . **القاضي عبدالوهاب المالكي** : هو عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي ، ولد ببغداد ، وولي القضاء في بعض مناطق العراق ، ثم رحل إلى مصر ، له العديد من المؤلفات منها : النصرة لمذهب مالك ، وشرح رسالة أبي زيد ، والأدلة في مسائل الخلاف . توفي سنة ٤٢٢هـ بالقاهرة ودفن بجوار قبر ابن القاسم وأشهب بالقرب من قبر الإمام الشافعي . المراغي : الفتح المبين ١/ ٢٤٢-٢٤٣ .

والجواب عن هذا الاعتراض من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : لقد روى ابن القاسم صاحب الإمام مالك وتلميذه ثناء الإمام مالك على الاستحسان ، بل و ورد في المدونة الكبرى عدة مسائل بنيت على الاستحسان ، وفي هذا من إثبات نسبته إلى الإمام مالك ما يرد الاعتراض ، مع ملاحظة أن الإثبات مقدم على النفي ؛ لأنه يفيد زيادة العلم .

الوجه الثاني : أن المتصفح لكتب الفروع عند المالكية يستطيع أن يلمس بسـهولة ويسـر مـدى اعتمادها على الاستحسان ، فإن القارئ لا يكاد يمر على باب من أبواب الفقـه إلا وللاستحسـان ذكر عندهم ، بل قد صرح بأنه من أصول مذهب الإمام مالك عند بعض من كتب فـي أصـول مذهب الإمام مالك [١] .

الوجه الثالث : قد يكون مرادهم أن الإمام مالك لم يأخذ بالاستحسان المبني على الهوى والتشـهي ، وكذلك أصول مذهبه لم تبن على هذا النوع من الاستحسان .

ثالثا – الحنابلة :

قال القاضي يعقوب بن إبراهيم [٢] : " القول بالاستحسان مذهب أحمد (رحمه الله) " [٣] ،

وقال ابن مفلح [٤] : " أطلق أحمد القول به- يعني الاستحسان- في مواضع " [٥] .

اعتراض :

---

[١] انظر : الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ٤/ ١٦٢ . جاء في المسودة :" قـال القاضـي عبـدالوهاب المالكي : ليس بمنصوص عن مالك **، إلا أن كتب أصحابنا مملوءة من ذكره والقـول بـه** ، ونـص عليـه ابـن = =القاسم وأشهب وغيرهما " آل تيمية : عبد السلام بن عبد الله (ت : ٦٥٢هـ) ووالده عبـدالحليم (ت : ٦٨٢هـ) وحفيده أحمد بن عبدالحليم (ت : ٧٢٨هـ) ، المسودة في أصول الفقه ، مجلد واحد ، جمعهـا : أحمد بن محمد بن أحمد الحراني (ت : ٧٤٥هـ) تحقيق وتعليق : محمد محيي الدين عبدالحميد ٠ ،مطبعة المدني القاهرة ، ١٩٦٤ م ، ص ٤٥١ فهذه العبارة توضح بما لا يدع مجالا للشك أن الفقه المالكي قد اعتمد على الاستحسان .

[٢] القاضي يعقوب بن إبراهيم بن أحمد العكبري الحنبلي ، أبو علي ، شيخ الحنابلة ، وتلميذ القاضي أبي يعلـى ، توفي سنة (٤٨٦ هـ) . الذهبي : سير أعلام النبلاء ٩٣/١٩-٩٤ .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : روضة الناظر وجنة المناظر ، ص ٨٥ .

[٤] هو محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الصالحي الحنبلي ، أبو عبد الله ، شمس الدين ، كان آية فـي الـذكاء ، وغاية في نقل مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، له : شرح على المقنع ، وشرح على المنتقى ، وكتاب الفروع ، وغيرها ، توفي سنة (٧٦٣هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢ / ١٨٣ .

[٥] الفتوحي : شرح الكوكب المنير ص ٣٨٧ .

استدل القاضي أبو يعلى [1] على بطلان القول بالاستحسان بما رواه أبو طالب [2] عن الإمام أحمد أنه قال : " أصحاب أبي حنيفة إذا قالوا شيئا خلاف القياس قالوا : نستحسن هذا وندع القياس ، فيدعون ما يزعمون أنه الحق بالاستحسان ، وأنا ذاهب إلى كل حديث جاء ، ولا أقيس عليه " [3] .

فإطلاق القول بأن الإمام أحمد قد أخذ بالاستحسان فيه نظر ؛ لورود هذه الرواية عنه[4] .

الجواب :

أولا- بين أبو الخطاب [5] – تلميذ القاضي – أن إنكار الإمام أحمد متوجه إلى الاستحسان الذي لم يبن على دليل ، وذلك من وجهين [6] :

الوجه الأول : قول الإمام أحمد :" يتركون القياس الذي يزعمون أنه الحق بالاستحسان " ، فلو كان الاستحسان مبنيا على دليل لكان حقا ، وهذا لاينكره أحد .

---

(1) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء الحنبلي ، أبو يعلى ، القاضي الكبير ، له : أحكام القرآن ، والمعتمد ومختصره ، والعدة في أصول الفقه وغيرها كثير ، توفي سنة ٤٥٨ هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١/١٥٨-٢٦١ .

(2) أحمد بن حميد أبو طالب المشكاني ، صحب الإمام أحمد ، وروى عنه مسائل كثيرة ، وكان الإمام أحمد يكرمه ويقدمه ، توفي سنة ٢٤٤هـ . أبو يعلى(الصغير) : محمد بن محمد بن الحسين الفراء أبو الحسين (ت : ٥٢١هـ) طبقات الحنابلة ، دار المعرفة بيروت د. ت ١/٣٩ .

(3) آل تيمية : المسودة في أصول الفقه ص ٤٥٢ . الفتوحي : شرح الكوكب المنير ص ٣٨٧ . وقد أطلق القاضي في كلا الكتابين ، والذي يبين لنا أنه أبو يعلى ما ذكره ابن بدران في (المدخل) :" إن أصحابنا منذ عصر القاضي أبي يعلى إلى أثناء المائة الثامنة يطلقون لفظ القاضي ويريدون به علامة زمانه محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن بن أحمد بن الفراء الملقب بأبي يعلى ، وكذا إذا قالوا أبو يعلى ". ابن بدران : المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص ٤٠٩ .

(4) الطوفي : سليمان بن عبدالقوي (ت : ٧١٦هـ) **شرح مختصر الروضة** ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٨م ، ٢/٢٠٢ ، وأبوالريش : التشريع بين استحسان النقل واستحسان العقل ص١٤١

(5) الإمام محفوظ بن أحمد الكلوذاني ، أبو الخطاب ، إمام الحنابلة في عصره ، له : الهداية في الفقه ، والتهذيب في الفرائض ، والتمهيد في أصول الفقه ، وغيرها ، توفي سنة (٥١٠ هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٢/١١ .

(6) آل تيمية : المسودة في أصول الفقه ص ٤٥٢ .

الوجه الثاني : قول الإمام :" وأنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه " ، أي أنه يترك القياس بالخبر ، وهذا هو عين الاستحسان المبني على الدليل .

ثانيا- جاءت عدة روايات عن الإمام أحمد يقول فيها بالاستحسان ، وأكتفي بذكر اثنتين منها [١]:

الرواية الأولى : روى الميموني [٢] عن الإمام أحمد أنه قال : " أستحسن أن يتيمم لكل صلاة ، والقياس أنه بمنزلة الماء يصلي به حتى يحدث أو يجد الماء " .

الراواية الثانية : روى بكر بن محمد [٣] عن الإمام أحمد أنه قال فيمن غصب أرضا فزرعها : "الزرع لرب الأرض ، وعليه النفقة ، وهذا شيء لا يوافق القياس ، ولكن أستحسن أن يدفع إليه نفقته " .

والحاصل : أن إنكار الإمام أحمد ليس للاستحسان المبني على دليل ، بل للاستحسان المبني على الهوى ، وهذا لايقول به أحد من أهل العلم الفضلاء ، وهو محل إجماع ، ولقد رويت مسائل عدة عن الإمام أحمد يقول فيها بالاستحسان ، لذلك لا يصح أن يقال : إن في حجية الاستحسان عن الإمام أحمد روايتين [٤] .

---

(١) آل تيمية : المسودة في أصول الفقه ص ٤٥١- ٤٥٢ .

(٢) عبدالملك بن عبدالحميد الميموني الرقي الحنبلي ، تلميذ الإمام أحمد ، ومن كبار الأئمة ، حدث عنه النسائي ، كان عالم الرقة ومفتيها في زمانه ، توفي سنة ٢٧٤ هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء ٨٩/١٣ –٩٠ .

(٣) بكر بن محمد ، أبو أحمد ، النسائي الأصل ، البغدادي المنشأ ، كان الإمام أحمد يقدمه ويكرمه ، وروى عـن الإمام أحمد مسائل كثيرة ،ولم يذكر صاحب الطبقات سنة وفاته . أبو يعلى (الصغير) : طبقـات الحنابلـة ١١٩/١ .

(٤) لذلك نجد أن ابن الحاجب والآمدي قد أطلقا القول بالاستحسان عند الحنابلة ، انظر : التفتازاني : سعد الـدين مسعود بن عمر (ت : ٧٩٢هـ) **حاشية السعد على شرح العضد لمختصر المنتهىلابن الحاجـب** ، ١م ، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ، ١٩٨٣م ٢٨٨/٢ . و الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٣٦/٤ . **وهذا** الإطلاق يتفق مع ما مر من كلام ابن قدامة في روضة الناظر . وبهذا ينتفي ما ذكره ابن المعمار البغداي من أن في حجية الاستحسان عند أحمد قولين . الطوفي : شرح مختصر الروضة ٢٠٢/٢ . **وينتفي** قول المحلي في شرحه على (جمع الجوامع) :"(مسألة الاستحسان : قال به أبو حنيفة وأنكره الباقون) من العلماء مـنهم الحنابلة ، خلاف قول ابن الحاجب : قال به الحنفية والحنابلة " . المحلي : محمد بن أحمـد (ت :٨٦٤هـ ـ) شرح المحلي على متن جمع الجوامع لتاج الدين عبدالوهاب ابن السبكي ، ط٢ ، ٢م ، مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٩٣٧ م ٣٥٣/٢ .

يتبين لنا مما تقدم أن أبا حنيفة ، ومالك ، وابن حنبل يحتجون بالاستحسان ، وهو دليل شرعي معتبر عندهم .

الرأي الثاني :

ليس الاستحسان دليلا شرعيا ، ولا يصح العمل به ، ولا الاعتماد عليه ، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي [١] .

ولقد عقد الإمام الشافعي في كتابه (الأم) كتابا خاصا بالاستحسان سماه (كتاب إبطال الاستحسان) ساق فيه الأدلة على بطلانه ، كما هو ظاهر من عنوانه [٢] .

كما أفرد الاستحسان بالذكر في كتابه (الرسالة) تحت عنوان (باب الاستحسان) [٣] ، ومما جاء فيه [٤] :

أولا- " ... أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر " .

ثانيا – " ...كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان ، وإنما الاستحسان تلذذ " .

ولقد ذكر الإمام الشافعي في بداية (الرسالة) :" .. فإن القول بما استحسن شيء يحدثه لا على مثال سبق " [٥] .

ومما تقدم يتبين لنا رفض الإمام الشافعي للاستحسان [٦] .

اعتراض :

---

(١) وهو قول ابن حزم الظاهري أيضا ، فقد قال في كتابه (الإحكام) : " الباب الخامس والثلاثون : في الاستحسان والاستنباط في الرأي وإبطال كل ذلك ... والحق حق وإن استقبحه الناس ، والباطل باطل وإن استحسنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوى ، وضلال بالله تعالى ، نعوذ بالله من الخذلان" . ابن حزم : الإحكام ١٩٢/٢ - ١٩٣.

(٢) الشافعي : محمد بن إدريس (ت : ٢٠٤ هـ) الأم ، ٤م ، دار المعرفة بيروت ، د.ت ٢٩٨/٧ .

(٣) الشافعي : الرسالة ص ٥٠٣ .

(٤) المصدر السابق ص ٥٠٤ – ٥٠٧ .

(٥) المصدر السابق ص ٢٥ .

(٦) لكن يمكن أن يجاب عن كل أدلة الشافعي في نفي حجية الاستحسان وذمه أنها محمولة على الاستحسان المبني على الهوى والتشهي ، فهي خارجة عن محل النزاع . النشمي : الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه ص١٢١

فإن قيل : لا يصح إطلاق القول بأن الشافعي رفض الاستحسان ؛ لأنه قد قال به في عدة مواضع ، منها[١]:

أولا- أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما .

ثانيا- أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام .

ثالثا- أستحسن ترك شيء للمكاتَب من نجوم الكتابة [٢] .

أجيب :

أولا- إن صحة نسبة هذه الأقوال للإمام الشافعي محل بحث ونظر ؛ لأن الآمدي قبل أن يـذكرها في (الإحكام) قال : " وقد نُقِلَ عن الشافعي أنه قال" [٣] ، فلم يجزم بنسبتها إلى الإمام الشـافعي ، إذ لو كان جازما لقال : قال الشافعي ، أو ذكر موضعها فيما كتبه الشافعي .

ثانيا- لو صح النقل عن الإمام الشافعي ؛ فإن معنى الاستحسان في عباراته هو العمل بالاجتهاد ، وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى رأي الفقيه . ولا أحد من الفقهاء يخالف هذا النوع من الاستحسان **[٤]** .

ثالثا – إن الاستحسان المذكور ليس من باب الاستحسان المختلف فيه إن تحقق ، وإنما كلامه مبني على مآخذ فقهية مبينة في محالها ومظانها [٥] **.**

رابعا- إن الاستحسان المذكور هو من قبيل الاستحسان اللغوي أي عد الشيء حسنا ، وليس من قبيل الاستحسان الاصطلاحي [٦] .

خامسا- إنما أراد الشافعي بالاستحسان العرف [٧] .

---

[١] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٣٦/٤ .

[٢] نجوم الكتابة أي أقساطها .ابن منظور : لسان العرب (ن ج م) ٥٧٠/١٢ .

[٣] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٣٦/٤ ، وقد بحثت في (الأم) و(الرسالة) و (أحكام القرآن) فلـم أجد فيها ما ذكر من المسائل .

[٤] السرخسي : أصول السرخسي ٢/ ١٩٠ ، وقد ساق هذا المعنى في معرض بيانه لمعنى الاستحسان عند الفقهاء .

[٥] المحلي : شرح جمع الجوامع ٢/ ٣٥٤ . ومعنى الكلام : أن هذه الشواهد ليست في محل النزاع .

[٦] البناني : عبد الرحمن بن جادالله (ت : ١١٩٨هـ) حاشية البناني على شرح جمع الجوامع للمحلي ، مطبوع مع الشرح المذكور ٣٥٤/٢ .

[٧] منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص ٢٠٢ .

الرأي الثالث :

إن الاستحسان ليس دليلا شرعيا مستقلا بنفسه ، بل هو تابع لغيره من الأدلة الشرعية المعتبـرة ، وبه قال الشوكاني [1] .

---

[1] الشوكاني : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ص ٢٤١ . الشوكاني : هو محمد بن علي ، أبو علي ، بدر الدين ، له : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علـم التفسير ، وغيرها كثير . توفي سنة ١٢٥٠ هـ. المراغي : الفتح المبين في طبقـات الأصـوليين ١٤٤/٣-١٤٥، وقد مر معنا كلامه في هامش ص ٢٨ .

المطلب الثاني- حقيقة الخلاف في الاستحسان بين الأصوليين :

بعد استعراض مذاهب الأصوليين في حجية الاستحسان نجد أن من أثبت حجية الاستحسان أراد به الاستحسان المبني على الدليل الشرعي المعتبر ، وأن من نفى حجية الاستحسان إنما أراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي دون دليل .

فيمكن أن نخلص إلى نتيجة مفادها : أن الأصوليين في البداية لم يحرروا موضع النـزاع فـي حجية الاستحسان ، **لكن انتهى الأمر إلى بيان** أن الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستحسـان خلاف لفظي لا حقيقي [١] . وهذا ما قرره الأصوليون من مذهب الإمام الشافعي [٢] .

و أحسب أن سؤالين يجولان في الخاطر يحتاجان إلى جواب :

السؤال الأول : لماذا اتسعت رقعة الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستحسان ؟

والسؤال الثاني : ما تفسير موقف الإمام الشافعي من الاستحسان ؟

جواب السؤال الأول :

نستطيع أن نُرجع اتساع رقعة الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستحسان إلى الأسباب التالية :

السبب الأول :

إن أئمة المذاهب القائلين بالاستحسان لم يبينوا المراد منه، ولم يضعوا له حدا أو تعريفـا ، ممـا أدى إلى قضيتين غاية في الخطورة :

القضية الأولى : لم يظهر معنى الاستحسان الدقيق بتفاصيله عند الأئمة وأتبـاعهم مـن زمـرة المنكرين له ، وهذا ظاهر في كلام الإمام الشافعي الذي سبق وذكرنا طرفا منه .

القضية الثانية : نُسب إلى القائلين بالاستحسان تعريفات له تخالف المعنى الذي أرادوه ، ودليله ما جاء في(التبصرة) : " وحكى الشافعي (رضي الله عنه) وبشر المريسي القول عن أبي حنيفة بالاستحسان ، وهو : ترك القياس لما استحسنه الإنسان من غير دليل " [١] .

---

(١) خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص ٨١ .

(٢) انظر الشيرازي : إبراهيم بن علي (ت : ٤٧٦هـ) ، التبصرة ، ص٤٩٤ ، والشيرازي : إبراهيم بن علي ، اللمع في أصول الفقه ، ص ٢٤٥ ، والغزالي : المستصفى من علم الأصول ٦٣٣/١ ، والآمدي : الإحكـام في أصول الأحكام ١٣٦/٤ ، والتفتازاني : شرح التلويح على التوضيح ٨١/٢ .

ونجد المعنى ذاته في (اللمع) :" والاستحسان المحكي عن أبي حنيفة هو : الحكم بما يستحسـنه من غير دليل " [٢] .

ثم نجد هذا التعريف تتكرر نسبته لأبي حنيفة حتى عند من قال بالاستحسان ، يقول **ابن قدامة بعد** أن ذكر أولا معنى الاستحسان عند الإمام أحمد : " الثاني أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، حكـي عن أبي حنيفة أنه قال هو حجة " [٣] .

السبب الثاني :

عدم تحرير موضع النزاع في الاستحسان ، فالمثبتون له يريدون به : العدول من حكم إلى حكـم بدليل ، ونفاته يريدون به : العدول من غير دليل . مع أن العدول من حكم إلى حكم من غير دليل لا خلاف في عدم جوازه [٤] .

السبب الثالث :

التعصب المذهبي المتمثل في غلو بعض أتباع المذاهب ، ورغبتهم في نصرة أئمـتهم . **يقـول الشيخ عبد الوهاب خلّاف** : " كان الواحد منهم (يعني المتعصبين من أتباع المذاهب) إذا ظفـر بعبارة لإمام غير إمامه ، ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر ، وأخذ في الرد والإبطال ، وجاء سلفه مؤيدا ومبالغا " [٥] .

وهذا ما أشار إليه التفتازاني بقوله : " ومبنى الطعن من الجانبين على الجرأة وقلة المبالاة " [٦] .

جواب السؤال الثاني :

لا شك أن موقف الإمام الشافعي من الاستحسان يحتاج إلى تفسير ؛ وذلك لأن الإمام الشافعي تلقى العلم من الإمام مالك والإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وكلاهما من القائلين بالاستحسان ، فهـل يعقل أن الإمام الشافعي لا يعرف معنى الاستحسان عندهما ؟ وهل يعقل أن الإمـام الشـافعي لا

---

[١] الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص ٤٩٢ .

[٢] الشيرازي : اللمع في أصول الفقه ص٢٤٤ .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : روضة الناظر وجنة المناظر ص ٨٥ .

[٤] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ١٣٦ ، والتفتازاني : شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ٨١/٢ .

[٥] خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص ٨٢ .

[٦] التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ٨١/٢

يعرف أن ما كتبه في إبطال الاستحسان بعيد كل البعد عن الاستحسان الذي قال به الإمامان أبـي حنيفة ومالك ؟ إليك محاولة لتفسير هذا الموقف :

التفسير الأول :

إن الإمام الشافعي إنما نازع في إطلاق الاستحسان على العدول عن حكم شرعي بسـبب العـادة التي قصد بها : عادة من لا يحتج بعادته ، ومثلها لا يترك به الـدليل الشـرعي . أمـا إن كـان المقصود بها : ما اتفق عليه أهل الحل والعقد في الأمة ، فـلا شـك فـي صـحتها ، وصـحة الاستحسان المبني عليها ؛ لأنها استدلال بالإجماع [١]. فخلاف الشافعي في هذا النوع فقط .

ويمكن أن يعترض على هذا التفسير : بأنه كان يسع الإمام الشافعي أن يبين أن استحسان العـادة غير المعتبر شرعا هو الباطل ؛ لكنه أبطل الاستحسان جملة وتفصيلا .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض : بأن أنواع الاستحسان لم تكن متمايزة ، فأنكره جملة .

التفسير الثاني :

إن ما وقع من الإمام الشافعي سبق قلم ، فقد فاته أن ينبه على نوعين من الاستحسـان : أحـدهما مقبول والآخر مردود [٢] . ومما يؤيد هذا التفسير أن أدلة الإمام الشـافعي غيـر متجهـة إلـى الاستحسان الذي ذكره الحنفية ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى لو أن الشافعي قصد الاستحسان المعروف عند الحنفية لأبطل دليل القياس عنده .

و يمكن أن يعترض على هذا التفسير : بأن الإمام الشافعي قـد نسـب إلـى أبـي حنيفـة أن الاستحسان هو : ترك القياس لما استحسنه الإنسان من غير دليل [٣] . وبالتالي هـو يبطـل هـذا المعنى الذي وصله ، فليس هناك إلا نوع واحد من الاستحسان بالنسبة له .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

---

(١) الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ١٣٨

(٢) الكوثري : محمد زاهد ، مقدمة الكوثري على نصب الراية ، نصب الراية للزيلعـي ، دار إحيـاء التـراث العربي ط٣، ١٩٨٧م ص٢٣-٢٤ ، وقد نسب د. النشمي هذا الكلام للزيلعي فقال : " وقد جمع الإمام الزيلعي جماع الحكم في المسألة حين قال : ..." . النشمي :الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصـوليين فيـه ص ١٢٣. وساق نص الكوثري .

(٣) الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص ٤٩٢ ، و الشيرازي : اللمع في أصول الفقه ص ٢٤٤ .

أولا- من غير المعقول أن ينسب الإمام الشافعي لأبي حنيفة تعريفا للاستحسان في الوقت الذي لم نجد هذا التعريف عند تلاميذ أبي حنيفة أنفسهم ، ففي صحة هذه النسبة إلى الشافعي وإلى أبي حنيفة نظر .

ثانيا- من غير المعقول أن الإمام الشافعي لم يدرك المعنى الحقيقي للاستحسان عند الحنفية ، وهو الذي أخذ وقر بعير من العلم عن محمد بن الحسن الشيباني [1] .

التفسير الثالث :

إن الإمام الشافعي قد وجد بعض مناظريه من أتباع المذهب الحنفي –كبشر المريسي [2]- يحتجون بالاستحسان دون أن يكون له سند عندهم ، فوجه حملته ضدهم [3] . ومما يؤيد هذا التفسير أن بشرا المريسي قد نسب إلى أبي حنيفة أن الاستحسان هو : ترك القياس لما استحسنه الإنسان من غير دليل [4] .

ويمكن أن يعترض على هذا التفسير :

١- إن الثابت أن الإمام الشافعي قد ناظر بشر المريسي في مسائل اعتقادية كلامية ، لا في مسائل فقهية [5] .

٢- إذا كان بشر المريسي من أهل البدع ، فكيف يبنى على ما يقوله وينسبه !

و يمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض :

---

(1) السايس : محمد علي ، تاريخ الفقه الإسلامي ، ط١ ، ١م ، دار الفكر دمشق ١٩٩٩م ص ١٧٦ ، نقلا عن الخطيب البغدادي في تاريخه ١٧٥/٢ .

(2) هو بشر بن غياث المريسي ، أبو عبدالرحمن ، فقيه معتزلي ، يرمى بالزندقة ، وهو رأس الطائفة المريسية القائلة بالإرجاء ، وإليه نسبتها ، تفقه على القاضي أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة ، ناظر الإمام الشافعي ، ولم يرجع عما هو عليه من سوء الاعتقاد توفي ببغداد سنة ٢١٩هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١٤٢/١-١٤٥ .

(3) شلبي : محمد مصطفى ، الاستحسان في الفقه الإسلامي وعلاقته بالاستثناء في التشريع ص١٢٥-١٧٢ من ندوة (الفقه الإسلامي أساس التشريع) المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧١ م ، ص ١٦١

(4) الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص ٤٩٢.

(5) المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين ١٤٢/١-١٤٥ .

١- لا يوجد ما يمنع من مناظرة الإمام الشافعي لبشر المريسي في مسائل فقهية ، وإن كانـت مناظراته له أكثرها في مسائل اعتقادية ، أما إن لم يجد المعترض المسائل الفقهية التـي تناظر فيها بشر والإمام الشافعي ، فنفي الوجدان لا يلزم منه نفي الوجود .

٢- إن بدعة بشر في عقيدته ، فما الذي يمنع أن نقبل منه مايقوله في غيرها .

التفسير الرابع :

إن الإمام الشافعي وجد أن الاستحسان غير متضح المعنى عند بعض مناظريه من الحنفية الذين لجؤوا للاستحسان دون بيان ماهيته عند عجزهم عن المناظرة الصحيحة (١) .

ويمكن أن يعترض على هذا التفسير : بأن الاستحسان إن لم يكن واضحا في أذهان البعض ، فالمفروض أن يطلب بيانه ، لا أن يبطل ، وإن كان هؤلاء المناظرون عاجزين عن بيانه ، فهل كان محمد بن الحسن عاجزا عن هذا البيان ؟

التفسير الخامس :

إن ترك الدليل للمصلحة ، والأخذ بمبدأ المصلحة المجرد ، مـن غيـر محاولـة الحمـل علـى النصوص ، هو ما سماه الشافعي استحسانا وأنكره ، أي أن إنكاره متوجـه لهـذا النـوع مـن الاستسحان المشتهر عند المالكية (٢) .

ومما يؤيد هذا التفسير : أن الإمام الشافعي في إبطاله للاستحسان شدد على أن المرجعيـة فـي الأحكام ينبغي أن تكون للكتاب والسنة والإجماع والقياس ، واستحسان الحنفية مبني عليها ، أمـا استحسان المالكية ، فيقول فيه الشاطبي : " ومقتضاه (أي الاستحسـان) الرجـوع إلـى تقـديم الاستدلال المرسل(أي المصلحة المرسلة) على القياس " (٣) ، وهذا ما لا يراه الإمـام الشـافعي جائزا .

---

(١) شلبي : أصول الفقه ص ٢٧٢ ، و رحال : الاستحسان مسلك لفهم الدليل الشرعي وتطبيقه ص ٩٠١ .

(٢) أبو زهرة : محمد أحمد (ت : ١٩٧٤م) ، مالك (حياته وعصره ، آراؤه وفقهـه) ، ط٣ ،١م ، دار الفكـر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧م . ص ٢٨٦ .

(٣) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ١٦٢/٤ .

ويمكن أن يعترض على هذا التفسير : بأن أصوليي المذهب الشافعي شنوا حربا لا هوادة فيها على الاستحسان الذي قال به الحنفية ، وشنعوا على الحنفية في بعض الفروع التي بنيت على الاستحسان ، هذا ولم يرد ذكر للمالكية في هذه المعركة [١].

ويجاب عن هذا الاعتراض :

أولا- إن الحنفية -وفي مقدمتهم الإمام أبو حنيفة- هم أول من أطلق لفظ الاستحسان إلى فضاء الفقه ، فدار في فلكهم ، فصاروا يعرفون به ، وبهم يعرف .

ثانيا- إن الحنفية من أكثر الفقهاء استعمالا للاستحسان ، بلا منازع .

ثالثا- نسب للإمام أبي حنيفة تعريفات للاستحسان غير مقبولة .

من أجل هذا توهم بعض الشافعية أن حملة إمامهم ضد الاستحسان قد شنت على الحنفية ، فساروا وراء هذا الوهم دون تحقيق ، حتى جاء من حقق فقال : إن الخلاف لفظي [٢] .

والحاصل :

إن الإمام الشافعي أنكر نوعين من أنواع الاستحسان هما (استحسان العادة ، واستحسان المصلحة) [٣] ولما لم تكن هذه الأنواع متمايزة في عصره ، حيث كان يكتفى بذكر حكم المسألة ، والاستدلال عليه بقولهم :" استحسانا " أبطل الشافعي الاستحسان جملة ، فخلافه في هذين النوعين خلاف حقيقي ، أما سائر الأنواع فلا خلاف للشافعي فيها سواء سميت استحسانا أو غير ذلك ، أي أن خلافه فيها لفظي .

وبهذا يجاب عن السؤال : كيف يعقل أن ينكر الإمام الشافعي الاستحسان الذي قال به الإمام مالك ومحمد بن الحسن ، اللذان درساه ، ثم يكون خلافه معهما لفظيا فقط ؟ مما يعني أنه لم يفهم المراد من الاستحسان عندهما . وهذا ما نجلّ الإمام الشافعي عنه ، بل ولا نتصوره في حقه (رضي الله عنه) .

---

[١] انظر ، الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص ٤٩٢وص٤٩٤ . والغزالي : المستصفى من علم الأصول ٦٦٢/١ وما بعدها .

[٢] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ١٣٨ ، والتفتازاني : شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ٢/ ٨١ ، ابن السبكي : تاج الدين عبدالوهاب (ت : ٧٧١هـ) جمع الجوامع ، مطبوع مع شرح المحلي وحاشية البناني ٣٥٣/٢

[٣] إن التطبيقات الآتية ستبين صحة هذا الاستنتاج ، حيث سنرى اتفاق الشافعية مع الحنفية في بعض المسائل المستحسنة ، واختلافهم معهم في بعضها .

الفصل الثاني

تطبيقات الاستحسان في الشروط المقترنة بعقد البيع عند الحنفية ،

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حقيقة الشروط المقترنة بعقد البيع ، وموقف الفقهاء منها .

المبحث الثاني : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكن جرى به العرف .

المبحث الثالث : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكنه ملائم للعقد .

المبحث الأول

حقيقة الشروط المقترنة بعقد البيع ، وموقف الفقهاء منها ،

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الشرط المقترن بعقد البيع .

المطلب الثاني : خصائص الشرط المقترن بعقد البيع .

المطلب الثالث : موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بعقد البيع .

المبحث الأول- حقيقة الشروط المقترنة بعقد البيع ، وموقف الفقهاء منها :

المطلب الأول- تعريف الشرط المقترن بعقد البيع :

لاشك أن كل طرف في عقد البيع يحاول أن يحقق لنفسه صفقة رابحة ، يضمن خلالهـا حقـه ، ويحقق غايته من العقد ، فيتجه كل طرف إلى إضافة شروطه الخاصة به عند إنشاء العقد ، وهذه الشروط تسمى : الشروط المقترنة بعقد البيع أو الشروط الجعلية .

فالشرط المقترن بالعقد هو : " التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف فـي حالـة إطلاقه " [١].

وبعبارة أخرى : هو التزام واقع في العقد حال إنشائه ، زائد عن أصل العقد ومقتضـاه ، لكنـه أصبح جزءا من أجزائه التي تم التراضي عليها [٢] .

المطلب الثاني- خصائص الشرط المقترن بعقد البيع :

من خلال تعريف الشرط المقترن بالعقد ، نستطيع أن نستخلص أبرز خصائصه [٣] :

---

[١] الزرقا : المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٥ ، والمقصود بالتصرف القولي : العقد .

[٢] شبير : محمد عثمان ، المدخل إلى فقه المعـاملات الماليـة ، ط١ ، ١م ، دار النفـائس عمـان ، ٢٠٠٤م ، ص٢٥١ .

[٣] شبير : المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص٢٥١-٢٥٣ .

أولا- هو التزام زائد عن أصل العقد ؛ لأن العقد ينعقد دونه ، فلا يتوقف انعقاد العقد على هذا الشرط ، لذلك لم يكن من أصل العقد أي أركانه وشروط انعقاده .

ثانيا- هو التزام زائد عن مقتضى العقد ؛ لأن عقد البيع عند الإطلاق لا يقتضيه .

ثالثا- يقع في حال إنشاء العقد ، ويقترن بصيغته ، فيصبح جزءا من أجزائه ، فإن كان الشرط سابقا على العقد أو لا حقا بعد إنشائه فهو وعد [1] .

رابعا- يبنى هذا الشرط على أمر مستقبلي غير قائم في محل العقد .

خامسا- إمكانية وقوع هذا الشرط ، فلا يجوز أن يكون شرطا مستحيلا لا يمكن تحقيقه .

ويمكن أن نمثل لهذه الشروط بمثال واحد هو : إذا اشترى تاجر سلعة من آخر على أن يوصلها البائع إلى متجرالمشتري في السوق ، نجد أن الخصائص الخمس منطبقة على هذا الشرط في هذه الصورة .

---

[1] وفي إلحاق الشرط الفاسد بعد العقد بالعقد خلاف عند الحنفية ، والصواب أنه لا يلحق ، ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٢٠/٤ .

المطلب الثالث - موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد :

نستطيع أن نقسم مذاهب الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد إلى مذهبين اثنين :

المذهب الأول :

ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية [٣] إلى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الحظر والمنع ، ودليلهم على ذلك ما رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـده أن رسـول الله (صلى الله عليه وسلم) " نهى عن بيع وشرط " [٤] .

---

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٥٣/٢ وما بعدها ، الحصكفي : الدر المختار ٤/ ١٢٠ وما بعدها .

[٢] ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٧١، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٣ ،

[٣] الشيرازي : المهذب ٢٦٨/١ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ .

[٤] حديث حسن غريب : رواه الطبراني : سليمان بن أحمد (ت:٣٦٠هـ) **المعجم الأوسط** دار الحرمين القاهرة ١٩٩٥م رقم(٤٣٦١) ٣٣٥/٤ ، والحاكم : محمد بن عبد الله (ت:٤٠٥هـ) **معرفة علوم الحـديث** ط٢،١م ، دار الكتب العلمية بيروت ١٩٧٧م ص ١٢٨ . **قال ابن حجر في بلوغ المرام :** " وهو غريب " ، **وأضـاف أستاذنا الدكتور نور الدين عتر :** " قلنا وحسن " . انظر عتر : نور الدين ، إعلام الأنام شرح بلوغ المـرام من أحاديث الأحكام (تكملة العبادات ، اللباس ، البيوع) ص ٦٢٢ ، وقال ص ٥٩٩ : " وهو حديث ثابت" .
وأعله ابن القطان بقوله : " وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث " الزيلعي : نصب الراية ١٧/٤ .
وقال في مجمع الزوائد : " وفي طريق عبدالله بن عمرو مقال " ، الهيثمي : مجمع الزوائد ٨٥/٤ .

وقد اتفق أصحاب هذا المذهب على أن هذا الأصل يدخلـه الاسـتثناء ، فـاتفقوا علـى بعـض الاستثناءات ، ولم يتفقوا على البعض الآخر [١] .

أما الشروط التي اتفقوا على استثنائها من الأصل السابق فهي :

أولا- سبعة شروط ورد جواز اشتراطها بالكتاب والسنة [٢] .

علق أستاذنا الدكتور العتر على كلام الهيثمي بقوله :" وهو قول عجيب إذ علم الاحتجاج بسند عمرو بن شـعيب هذا " .

وعلق على كلام ابن القطان بقوله :" وأعجب منه (يعني من كلام الهيثمي) قول ابن القطان : " وعلته..الخ " ، وهذا ناشئ من تعصب ابن القطان المقيت ، ومن منهجه المردود في الجرح ، والإمام الأعظم أبو حنيفة فوق أن يحتاج لتوثيق ، وهو إمام أهل الجرح والتعديل (رضي الله عنه) " . العتر : إعلام الأنام شـرح بلـوغ المرام من أحاديث الأحكام (قسم المعاملات) ص ٦٢٢ هامش رقم (٣) . ومن خلال ما تقدم نرى :

أولا : إن قول ابن قدامة في المغني(١٦١/٤) عن هذا الحديث :" لا يصح ، وليس له أصل ، وقد أنكره أحمـد ، ولا نعرفه مرويا في مسند ، ولا يعول عليه " . مبالغ فيه .

ثانيا: إن ما ذكره الدكتور محمد مصطفى شلبي من أن هذا الحديث قد رواه بعض أصحاب السنن غيـر دقيـق ؛ لأنني لم أجد أحدا يعزوه إلى أصحاب السنن . شلبي : محمد مصطفى ،المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٤٧٧ .

ثالثا : إن نسبة أ.د. محمد عثمان شبير هذا الحديث لسنن أبي داود ، كتاب الإجارة ، باب الرجل يبيع مـا لـيس عنده رقم (٣٥٠٤) ليست إلا سبق قلم منه ؛ لأن الحديث الوارد عند أبي داود تحت نفس الكتـاب والبـاب والرقم هو : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ..." أبو داود : سنن أبي داود ٢٨٣/٣ ، وبالتالي إن= =الحكم الذي أصدره على الحديث بقوله : " وهو حسن صحيح " لا يصح . إلا إن قيل : إن السلف والبيع هي من صور : بيع وشرط؛ لأن معنى السلف في البيع : البيع بشرط أن يقرضه ، فيتجه كلام شبير . وحديث " لا يحل سلف وبيع " أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه ، وعندها يتجه كلام شلبي أيضا . ابـن الهمـام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير٧٧/٦.و الزيلعي : نصب الراية ١٨/٤ . لكن انظر ص ٦٥ .

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٥٣/٢ وما بعدها ، ابن نجيم : البحر الرائق شـرح كنـز الـدقائق ٢٨١/٥ ، الحصكفي : الدر المختار ٤/ ١٢٠ وما بعدها . ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٧١، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٣ ، الشيرازي : المهذب ٢٦٨/١ ، والشربيني : مغني المحتاج إلـى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ . وانظر : الزرقا : مصطفى أحمـد ، **العقـود المسـماة فـي الفقـه الإسلامي** (عقد البيع) ط١، ١م ، دار القلم ، دمشـق ١٩٩٩م ص ٣٨ ، و شـبير : المـدخل إلـى فقـه المعاملات المالية ص٢٥٣-٢٥٨ .

[٢] شبير : المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٢٥٣

وحجتهم في ذلك قوله (صلى الله عليه وسلم) : ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له ، وإن شرط مائة مرة ، شرط الله أحق وأوثق " [1] .

وجه الاستدلال : أن الشرط لا يجوز في العقد إلا إن كان في كتاب الله ، وسنة نبيه (صلى الله عليه وسلم) ؛ لأنه المبين عن الله تعالى ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى .

وهذه الشروط هي :

أولا- اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة [2] .

ثانيا- اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى [3] .

ثالثا- اشتراط الرهن في بيع الأجل [4] .

رابعا- اشتراط صفة في المبيع يتراضى عليها البيعان ، كاشتراط لون السيارة ، أو مقدار صرفها للوقود [5] .

خامسا- اشتراط خيار الشرط [6] .

سادسا- اشتراط المشتري أخذ ثمر النخل المؤبر (الملقح) ؛ لأن الأصل أن ثمرتها من نصيب البائع [7] .

---

[1] متفق عليه ، البخاري : صحيح البخاري ، كتاب العتق ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله ١١٥/٥-١١٧ . مسلم : صحيح مسلم ، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق٣٣٨/٦ .

[2] قال تعالى :" وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " . سورة البقرة / ٢٨٠ .

[3] قال تعالى :" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " . سورة البقرة / ٢٨٢ .

[4] قال تعالى : " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة " . سورة البقرة / ٢٨٣ .

[5] قال تعالى :" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " . سورة النساء / ٢٩ .

[6] عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : ذكر رجل للنبي (صلى الله عليه وسلم) أنه يخدع في البيوع فقال : " إذا بايعت فقل لا خِلابة " . متفق عليه . البخاري : صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما يكره من خداع في البيع ، ٢٣٢/٤. مسلم : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب من يخدع في البيع ، ٣٨١/٦ .

[7] عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول : " من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا وله مال ، فماله للذي باعه إلا أن

سابعا- اشتراط المشتري أخذ مال العبد المباع كله أو بعضه من البائع [١] .

ثانيا- اشتراط ما يكون ملائما لمقتضى العقد (أي مؤكدا لموجبه ومقتضاه) ، كاشتراط الرهن المعين في بيع الأجل .

أما ما لم يتفقوا عليه جميعا فشرطان :

أولا- اشتراط ما يتضمن معنى من معاني البر ، فجوازه محل اتفاق بين المالكية والشافعية .

ثانيا- اشتراط ما جرى العرف على التعامل به ، وليس من مقتضى العقد ، فهو محل اتفاق بين الحنفية والمالكية ، وهذا قد يكون أحد دلالات رفض الشافعي لاستحسان العرف والعادة كما مر [٢].

المذهب الثاني :

ذهب الحنابلة إلى أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة ، ويستثنى من ذلك كل شرط قام الدليل على حرمته ، أو كان مناقضا لمقتضى العقد [٣] ، ولا شك أن الشرط إذا كان مناقضا لمقتضى العقد ، فهو مخالف للشرع ؛ لأن الشرع هو الذي وضع لكل عقد مقتضاه . ودليلهم على أصلهم : أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا ، أو أحل حراما ، **والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما** " [٤] .

وجه الاستدلال :

أنه يجب الوفاء بكل شرط بين المتعاقدين إلا شرطا فيه مخالفة للشريعة المطهرة .

يشترط المبتاع " . متفق عليه . البخاري : صحيح البخاري ، كتاب البيوع باب الرجل يكون له ممر أو شرب أو في نخل ٣٢/٥ ، مسلم : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر ٣٩٧/٦ .

(١) المصدر السابق نفسه .

(٢) انظر ص ٤٤و٤٧ .

(٣) ابن قدامة (الموفق) : المغني ١٦٢/٤ ، البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٧ .

(٤) الترمذي : سنن الترمذي ، كتاب الأحكام عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم)باب ما ذكر عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في الصلح ، وقال :" هذا حديث حسن صحيح " ص٣٨٩ .

والخلاصة :

إن ما ذهب إليه الحنابلة يوسع من دائرة الشروط المقترنة بالعقد ، حتى قال بعض المعاصرين : " وبالجملة فإن مذهب الحنابلة يعتبر- بحق – أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط ، فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسايرة للعرف التجاري الحديث " [١] .

ولا يخفى أن دائرة الشروط المقترنة بالعقد متسعة أيضا عند الحنفية والمالكية ؛ لاتخاذهم العرف سبيلا إلى تصحيح الشروط ما لم يصادم نصا أو يهدم قاعدة شرعية ، وهوما يعرف بالاستحسان [٢] .

ومن خلال استعراض الاستثناءات الواردة على أصل حظر الشروط في عقد البيع عند أصحاب المذهب الأول **نخلص إلى ما يلي :**

أولا- إن ما ورد من الشروط المستثناة من أصل الحظر عند الحنفية كان الاستحسان عمادها ، بل وما تم من توسعة لدائرة الشروط المقترنة بالعقد عن طريق تصحيح الشروط المفسدة عرفا كان الاستحسان أساسها :

فإن الشرط الذي ورد به نص هو ما يعرف باستحسان النص ، كخيار الشرط .

والشرط الذي جرى به العرف هو استحسان العرف . كشراء السلعة بشرط إيصالها إلى المكان الذي يرغبه البائع ، إذا كان البيع في داخل المصر .

---

(١) شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٤٨١ .

(٢) المصدر السابق ص ٤٧٩ . وما أجمل ما قاله العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا :" هذا ، وبما أن عرف الناس – كما رأيت – مصحح للشروط التي يتعارفونها في نظر الفقهاء الحنفية ، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحا ملزما إذا تعارفه الناس ، وشاع بينهم اشتراطه ، وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد ...والمجلة لم تبحث عن الشرط المفسد ، وإنما ذكرت الشرطين الصحيح واللغو ، في المواد /١٨٦-١٨٩/ وعللت الجمعية ذلك في التقرير الذي قدمتها به بأن الشرط المفسد قد أصبح بحسب قواعد الحنفية نادرا= =بسبب نظرية العرف ، فلم يعد يستوجب العناية والبحث " . الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ٣٩ . ويجب أن أبين أمرين :

الأمر الأول : المراد بالشرط المفسد عند الحنفية : " هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين إذا لم يكن الشرط قد ورد به الشرع ، أو جرى به العرف ، أو يقتضيه العقد أو يلائمه " . الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ٣٨ .

الأمر الثاني : فرق الحنفية بين الشرط الفاسد والباطل ، فالأول مشروع بأصله ، غير مشروع بوصفه ، خلافا للثاني ؛ فإنه غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه .

والشرط الذي يلائم العقد ، جوز استحسانا توثيقا لمقتضى العقد . كالبيع بثمن مؤجل على أن يقدم المشتري رهنا معينا[١] .

ثانيا- إن المالكية قد استثنوا الشرط الذي جرى به العرف من أصل الحظر : من باب الأولى ؛ لأن الشرط الذي جرى به العرف بين الناس أولى بالتصحيح من الشرط الذي لم يجر به العرف ، أما الحنفية فقد صححوه استحسانا بالعرف خروجا عن أصل المنع [٢] .

وإن كان المالكية والشافعية قد استثنوا الشرط الملائم لمقتضى العقد قياسا على الشروط المنصوص عليها ، والشروط المؤكدة لمقتضى العقد ، والمصلحة التي تقتضي ذلك ، فإن الحنفية قد استثنوا هذا الشرط استحسانا ؛ لأن فيه توثيقا لمقتضى العقد [٣] .

ومما يُبنى على هذا الكلام :

أولا- إن أصحاب المذهب الأول وإن اختلفوا في طريقة الاستثناء إلا أنهم بالنهاية اتفقوا على جواز وقوع هذا الاستثناء ، فإن قال الحنفية في الاستثناء بالنص : هذا استحسان بالنص ، و قال غيرهم : بل هو استثناء ثبت بالنص ابتداء ، كانت النتيجة واحدة . وإن قال الحنفية عن الاستثناء بالعرف : هو استحسان بالعرف ، وقال المالكية : بل هو من باب الأولى ، كانت النتيجة واحدة .

ثانيا- إن النص والعرف قد عارضا الأصل العام عند الحنفية ، فتمّ استثناء ما ثبت بالنص وما جرى به العرف استحسانا من ذلك الأصل العام . وبهذا يتأكد لنا ما ذكر سابقا أن المعارضة في الاستحسان لا تقتصر على القياس الأصولي بل قد يقصد بها : معارضة الدليل للأصل العام أو القاعدة الكلية [٤] .

ثالثا- على الرغم من اتفاق أصحاب المذهب الأول على بعض الاستثناءات (كالشرط الملائم الذي اتفقوا عليه جميعا ، والشرط الذي جرى به العرف الذي اتفق عليه الحنفية والمالكية) إلا أن خلافا دارا بينهم في تطبيق هذه الاستثناءات على الفروع الفقهية المختلفة .

---

[١] للنظر في تفصيل هذه المسائل على الترتيب انظر الصفحات : ٩٤ ، ٥٩ ،٧٦ .

[٢] شبير : المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٢٥٦ .

[٣] المصدر السابق ص ٢٥٥-٢٥٦ .

[٤] انظر: ص ١١ .

رابعا- إن الخلاف بين الجمهور والحنابلة في الأصل في الشروط المقترنة بعقد البيع لم يمنع من تقاطع بعض أحكام الفروع بين الحنابلة وغيرهم ممن ذهب مذهب الجمهور ، ويتجلى هذا الكلام بالاتفاق على الشروط الواردة بالنص أو الملائمة لمقتضى العقد ؛ لاعتبارها من مصلحة البيع [١] .

وإذا أردنا التعرف على قيمة الاستحسان في الشرط المقترن بعقد البيع عند الحنفية ، ومن أجل المقارنة بين مواقف الفقهاء عمليا في ذلك لا بد من ضرب المثال وهذا ما نجده في المبحثين التاليين .

---

[١] انظر : البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص٢٤٧

المبحث الثاني

الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، لكن جرى به العرف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الشراء بشرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري .

المطلب الثاني : الشراء بشرط ترك الثمر المتناهي على الشجر .

المبحث الثاني : الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكن جرى به العرف :

المطلب الأول- الشراء بشرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري :

إذا تم عقد البيع بين طرفين فالأصل أن يتسلم البائع الثمن ، وأن يتسلم المشتري المبيع ، وهذا من مقتضى عقد البيع ؛ لأن البائع قد ملك الثمن بعقد البيع ، و المشتري قد ملك المبيع بنفس العقد .

فإذا اشترى تاجر سلعة ، وشرط على البائع حملها إلى مكانه من السوق أو أي مكان يحدده المشتري ، فما صحة هذا الشرط؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه فساد العقد بهذا الشرط مطلقا ، وإليه ذهب الشافعية [١] ، ومحمد بن الحسن (من الحنفية) [٢] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه جواز العقد بهذا الشرط ، لكن وضع كل منهم للجواز قيدا ، فإن أهمل القيد فسد العقد ، وإليه ذهب الشيخان من الحنفية (إن كان المتعاقدان داخل المصر) [٣] ، والمالكية (إن لم يشترط الضمان على البائع) [٤] ، والحنابلة (إن كان المكان معلوما) [٥] .

تنبيه :

يمكننا أن نلحظ أن الشافعية ، ومحمد بن الحسن من الحنفية ، هما من ذهب إلى إطلاق الفساد ، مما يعني أنهما يرفضان هذا الشرط ويفسدانه من أصله . بينما نجد أن الفساد عند الباقين يتعلق بحالات معينة وليس فسادا مطلقا ، فهم لا يفسدون الشرط من أصله ، فالأصل عندهم جواز هذا الشرط ، ثم إنهم اختلفوا في الحالات المفسدة ، لكنها لا تخرج عن واحدة من ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يكون مكان أحد العاقدين داخل المصر والآخر خارجه .

الحالة الثانية : أن يشترط ضمان السلعة على البائع .

الحالة الثالثة : أن يكون المكان الذي يحدده المشتري مجهولا .

والسبب في اختلافهم في هذه الحالات المفسدة للشرط أمران :

---

(١) النووي : يحيى بن شرف (ت : ٦٧٦هـ) **روضة الطالبين** ، ط٢،١٢م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٥م ٣٩٩/٣ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ وفيه : أنه لو أطلق العقد صح .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥

(٤) ابن رشد(الجد) :محمد بن أحمد (ت: ٥٢٠هـ) **البيان والتحصيل** ، ٢٠م ، تحقيق سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٤م ٢٢٧/٧ ، والمواق : محمد بن يوسف (ت : ٨٩٧هـ) ، **التاج والإكليل** ، ط٢، ٦م ، على هامش مواهب الجليل للحطاب ، دار الفكر بيروت ، ١٩٧٨م،٢٨٠/٤و ٣٠٠ ،

(٥) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٧٠/٤ ، والبهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٨ .

الأمر الأول : اختلافهم في الدليل الذي بنوا عليه جواز هذا الشرط ،(ويظهر هذا الاختلاف بين الحنفية والحنابلة) حيث بنى الحنفية الجواز على الاستحسان بالعرف ، بينما بناه الحنابلة على تجويز عقدين في عقد ، فهو عقد بيع وإجارة عندهم [١] .

الأمر الثاني : مسألة ضمان المبيع ، فهل يكون المبيع مضمونا على المشتري بمجرد العقد ، أو أن ضمان المبيع لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد قبضه ؟ (ويظهرهذا الاختلاف بين الحنفية من جهة والمالكية والحنابلة من جهة أخرى) فعند الحنفية لا يكون ضمان المبيع على المشتري إلا بعد قبضه [٢] ، وعند المالكية والحنابلة ينتقل الضمان للمشتري بمجرد العقد إلا إذا كان فيه حق توفية ، فلا ينتقل ضمانه إلا بعد توفيته وقبضه من قبل المشتري [٣] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على فساد شرط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري بما يلي :

أولا: عموم نهيه (صلى الله عليه وسلم) عن بيع وشرط [٤] .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقيـر ٤٧٥/٥ ، وابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤/ ٧١ ، والبهوتي : الروض المربع شرح زاد المسـتقنع ص ٢٤٨ .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ٢٣٨ ومـا بعـدها ، مجلـة الأحكـام العدليـة المـادتين (٢٩٣و٢٩٤) ص ١٣٦ ،

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٤٦، وابن قدامة (الموفق) : المغنـي علـى مختصـر الخرقي ٤/ ٧٩ وما بعدها . وتوفية الشيء : تأديته ، ويكون ذلك في الموزون والمكيل والمعدود ، فيضـمن البائع المكيل في حال كيله إلى أن يقبضه المشتري ، وقبض المشتري يكون بتفريغه في أوعيته . الـدردير : الشرح الكبير ١٤٤/٣ . فمن اشترى سلعة بعينها على أن ضمانها من بائعها صار مبتاعا للضمان ، وهذا لا يجوز. المواق : التاج والإكليل ٢٨٠/٤ .

(٤) تقدم تخريج الحديث الشريف ص ٥٢ من هذا البحث .الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥ ، والشيرازي : المهذب ٢٦٨/١ ، والشربيني : مغنـي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ .

إن البيع مع وجود الشرط لا يجوز ، إلا ما استثني لمعنى ، وهذه المعاني هي : ما ورد الشرع باستثنائه ، أو جرى به العرف ، أو كان ملائما لمقتضى العقد ، أو كان متضمنا لمعنى من معاني البِر (١) .

وهذا الشرط لم يتضمن معنى من هذه المعاني ، فيبقى على أصل المنع .

واعترض على هذا الاستدلال بما يلي :

الاعتراض الأول :

إن المروي من نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع وشرط ، لم يصح ، بل ليس له أصل ، وقد أنكره الإمام أحمد ، وبالتالي لا يعول عليه ، وهو قابل للتأويل (٢) .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن الترمذي قد أخرج بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : " لايحل سلف وبيع ، ولا شـرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك " (٣).

والشاهد من الحديث :

قوله (صلى الله عليه وسلم) : " لا يحل سلف وبيع " .

ووجه الاستشهاد :

إن معنى (سلف وبيع) أن يبيع الشخص بشرط أن يقرضه المشتري مالا ، وهذه صورة من صور البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، لا يقتضيها العقد (٤) .

---

(١) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٥٣/٢ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ . ولا يخفى أن الشرط الذي ورد به الشرع ، والشرط الملائم لمقتضى العقد ، اتفق عليهما الحنفيـة والشافعية ، أما الذي هو من العرف فقد استثناه الحنفية ، والشرط الذي يتضمن معنى من معاني البـر فقـد استثناه الشافعية ، انظر ص ٥٤ .

(٢) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١٦١/٤ ، ابن حجر : أحمد بن علي (ت : ٨٥٢هـ) **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، ط١، ١٣م ، المطبعة الخيرية القاهرة ١٨٩٩م ٣١٥/٥ .

(٣) الترمذي : سنن الترمذي ، كتاب البيوع (باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك) ص٣٥٩.حسن صحيح

(٤) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٧٧/٦ .

والحاصل :

إن هذه الرواية الصحيحة تؤكد نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع وشرط .

الاعتراض الثاني :

إن هذا الشرط قد جرى به العرف بين الناس ، وذلك إذا كان البيعان داخل المصر، فيستثنى من النهي عن بيع وشرط استحسانا ، أما الذي لم يجر به العرف ، فكون أحدهما داخل المصر والآخر خارجه فهذا يبقى على القياس وهو المنع . [١] .

ثانيا : إن المشتري قد ملك ما اشتراه بعقد البيع ، وفي هذا الشرط منفعة له يختص بها زائدة لا يقتضيها عقد البيع ، وما كانت هذه صفته من الشروط ، كان مفسدا للعقد ؛ لأن هذه الزيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ، ولأنها لا يقتضيها العقد ، تقع بسببها المنازعة [٢].

واعترض هذا الاستدلال :

نعم إن هذا الشرط لا يقتضيه عقد البيع لكنه جرى به العرف ، وما كانت هذه صفته استثني من أصل المنع والفساد ، وما جرى به العرف لا يقع بسببه منازعة [٣] .

ثالثا : القياس على مسألة إذا اشترى المشتري سلعة ، وكان أحدهما خارج المصر ، والآخر داخله ، فإن هذا الشرط مفسد للعقد ، وهو موضع اتفاق بين أئمة المذهب الحنفي الثلاثة ؛ لأنه شرط فيه منفعة للمشتري يختص بها زائدة لا يقتضيها عقد البيع ، والعلة في المسألتين واحدة ، فالتفريق بينهما تحكم وخروج عن الأصل دون دليل [٤] .

واعترض على هذا الاستدلال :

إن هذا القياس لا يصح ؛ لأنه قياس مع الفارق ، فإن المسألة محل الاتفاق لم يجر بها العرف ، لذلك بقيت على أصل المنع ، بخلاف المسألة المختلف فيها [٥] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز أن يشترط المشتري إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده بما يلي :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥ .

(٢) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٥٣/٢ ، البابرتي : شرح العناية على الهداية ٧٧/٦ .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥

(٤) المصدران السابقان نفسهما .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ .

أولا : الاستحسان ، وبيانه :

إن العرف قد جرى بين الناس أن يشتروا الحطب والشعير على الدابة داخل المصر ، ولا يستأجرون دابة أخرى لحمل ما اشتروه عليها ، بل يقوم البائع بحمله إلى المكان الذي يحدده المشتري ، ولم يجر هذا العرف فيمن اشترى من خارج المصر ، فيكتفى بتجويز ما جرى به العرف ، وما لم يجر به العرف يظل على أصل المنع [١] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن هذا العرف مصادم للنص ، فإن في إعماله إلغاء للنص ، وهذا لا يجوز ، فلا يعمل بهذا الشرط وإن اعتيد [٢].

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن علة النهي في الحديث هي وقوع النزاع ، ووقوع النزاع مخرج للعقد عن المقصود به ؛ لأن المقصود بالعقد هو قطع المنازعة ، ولا يخفى أن العرف ينفي وجود النزاع ، فكان موافقا لمعنى الحديث الشريف [٣] .

ثانيا : ما روي أن محمد بن مسـلمة [٤] اشترى من نبطي جرزة حطب ، وشارطه على حملها [٥].

ثالثا : إن هذه الصورة هي بيع وإجارة ، وهي جائزة ، لذلك لا بد أن تكون المنفعة معلومة ، وإلا بطلت . لذلك اشترط أن يكون المكان معلوما للبائع [٦] .

واعترض على هذا الاستدلال :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧١/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٧٥/٥

(٢) الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٢/ ٣٨٢ .

(٣) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٧٧/٦ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٢٣/٤ .

(٤) محمد بن مسلمة بن سلمة الأنصاري ، صحابي جليل ، وهو أكبر من اسمه محمد من الصحابة ، مـات بعـد الأربعين . ابن حجر : أحمد بن علي (ت : ٨٥٢هـ) ، **تقريب التهذيب** ، ط١، ١م ، تحقيق : محمد عوامة ، دار الرشيد دمشق ، ١٩٨٦ م ، ص ٥٠٧ .

(٥) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٧٠/٤ ، و البهـوتي : الـروض المربـع شـرح زاد المستقنع ص ٢٤٨ .

(٦) المصدران السابقان نفسهما . وهذا عند الحنابلة ، والمالكية مثلهم يجوزون ذلك ، جاء في المدونة : "ولا بأس أن تجمع الصفقة الواحدة شراء سلعة وكراء " مالك : المدونة الكبرى ،باب الرجل يشتري الطعام بالفسـطاط على أن يوفيه بالريف ٩٨/٩ .

بعدم جواز الجمع بين بيع وإجارة ؛ لأنه بيع وشرط ، وهو منهي عنه ، أو هو صفقتين في صفقة ، وهو منهي عنه أيضا [١] .

أجيب :

بأن معنى النهي عن الصفقتين في صفقة هو : " الرجل يبيع البيع فيقول : هو بنساء بكذا وكذا ، وهو بنقد كذا وكذا " [٢] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه القائلون بجواز أن يشترط المشتري إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده ولو خارج المصر ، وبشرط الضمان على المشتري ، وذلك لما يلي :

أولا: إن عمدة الأدلة عند من قال بعدم جواز اشتراط إيصال السلعة إلى المكان الذي يحدده المشتري هو : ما روي عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه " نهى عن بيع وشرط "[٣] .

وإذا تأملنا ما قاله العلماء في سند هذا الحديث علمنا أن أحسن ما قيل فيه : إنه حسن ، على الرغم من طعن كثير منهم فيه .

وإذا قورن هذا الحديث الشريف بحديث النهي عن شرطين في بيع ، والذي يفيد جواز الشرط في البيع ، علمنا أن حديث النهي عن الشرطين " حسن صحيح " [٤] ، فلا يقوى الحديث الأول على معارضته ، هذا من حيث درجة كل حديث .

أما ما قيل : إن النهي عن " بيع وسلف " يفيد النهي عن بيع وشرط ، فهو يقوي حديث النهي عن بيع وشرط ، فغير مسلم لسببين :

---

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٨٠/٦ ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨١/٢ .

وحديث النهي عن صفقتين في صفقة ، رواه الإمام أحمد في مسنده مرفوعا عن ابن مسعود (رضي الله عنه) ، أحمد : مسند أحمد ، رقم (٣٧٨٣) ٣٩٨/١ ، **قال الهيثمي** : " ورجال أحمد ثقات " . الهيثمي : مجمع الزوائد (باب ما جاء في الصفقتين في صفقة ، أو الشرط في البيع) ٨٤/٤ .

(٢) أحمد : مسند أحمد ، رقم (٣٧٨٣) ٣٩٨/١ ، وهذا تفسير شَريك .

(٣) سبق تخريجه ص ٥٢ .

(٤) الترمذي : سنن الترمذي ص٣٥٩ ، وقال :"حسن صحيح " .

السبب الأول : إن خصوص النهي عن بيع وسلف لا يمكن أن يفيد عموم النهي عن بيع و شرط .
السبب الثاني : إن ذات الحديث الذي ورد به النهي عن بيع وسلف ، ورد به النهي عن شرطين في بيع ، مما يفيد جواز الشرط ، فإن سلم بما قاله أصحاب المذهب الأول ، وقعنا في التعارض ، ولا سبيل للخلوص إلا أن نقول : إن اشتراط شرط واحد في البيع جائز ، ويخرج من هذا الجواز ويستثنى البيع والسلف ؛ لورود النص بمنعه وحرمته .

وبعد التسليم بصحة الاستشهاد بحديث النهي عن بيع وشرط ، نجد أن الفقهاء الذين اعتمدوه قد استثنوا من عمومه شروطا ، اتفقوا على بعضها ، واختلفوا في البعض الآخر [١] .

وقد علمنا أن الحنفية والمالكية قد استثنوا الشرط الذي جرى به العرف ، و حجتهم في ذلك أن علة النهي عن بيع وشـرط هي قطع المنازعة ، وتحقيق التوازن في مضمون العقد والتزاماته[٢].

وإذا نظرنا إلى الشرط الذي جرى به العرف نجده يتميز بمزيتين :

المزية الأولى : أنه لا يكون سببا للنزاع ، فانتفى الحكم (وهو عدم جواز بيع وشرط) ؛ لانتفاء العلة (وهي وقوع المنازعة) [٣] .

المزية الثانية : أن البيعين يكونان على علم تام بهذا الشرط مسبقا قبل العقد ، فيلاحظ في الصفقة ، ويدخل في الحسابات عند التعاقد ، فيحصل التوازن في التزامات العقد ؛ فينتفي الغبن الذي كان من المتوقع حدوثه إذا لم يكن العرف جاريا بهذا الشرط [٤] .

والحاصل : أن العمل بهذا الشرط هو عمل بمعنى حديث النهي عن بيع وشرط .

ثانيا : إن في اعتبار هذا الشرط الذي تعارف الناس عليه منذ ذلك الزمن إلى وقتنا الحاضر تحقيقا لمصلحة العباد ؛ لأن فيه رفعا للحرج عنهم ، فليس كل أحد يملك الوسيلة التي يستطيع أن ينقل بها بضاعته التي اشتراها ، وليس كل أحد يملك الوقت لذلك . فلو أننا أبطلنا هذا الشرط لوقع كثير من الناس في الحرج والضيق ، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة التي جاءت لرفع الحرج . فلو أن إنسانا اشترى أثاثا لمنزله ، فقيل له : أحضر سيارة لحمل الأثاث ، لتكبد من الجهد والوقت

---

(١) انظر التفصيل ص ٥٢ ، وما بعدها

(٢) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٧٧/٦ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٢٣/٤ ، و الدريني : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ص ٤٦٧ .

(٣) المصادر السابقة نفسها .

(٤) الدريني : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ص ٤٦٧ .

الكثير حتى يحصل على سيارة تناسب المقدار المراد نقله ، ثم هو مضطر لأن يدفع مبلغا قد يكون فيه مغبونا ؛ لأنه لا يملك إلا أن ينقل مااشتراه . لكنه إن اشترط على البائع أن يوصل له ما اشتراه إلى منزله ، لا شك أن جهدا ووقتا سيدخرهما لممارسة حياته الطبيعية ، موفرا على نفسه زيادة –قد تكون فاحشة – على السعر الحقيقي لنقل البضاعة . مع مراعاة أن البائع يراعي هذا الشرط ابتداء ، فإما أن يقدم خدمة إيصال السلعة مجانا ودون شرط بل بمجرد الطلب ، أو أن يحسبها بثمن معقول .

ثالثا : لقد أصبح هذا الشرط عرفا دوليا على مستوى العالم ، حيث نجد أن البلاد الإسلامية تستورد البضاعة من قارات أخرى – كأوروبا وأمريكا واستراليا- وأن عقود الشراء تبرم على أساسين اثنين :

الأساس الأول : إيصال البضاعة إلى ميناء البلد المستورد ، فيقال : هذا السكر مباع إليكم بكذا لكل (طن) واصلا : العقبة ، أو جدة ، أو دبي ، أو أم قصر ، وهو الغالب في العقود .

الأساس الثاني : إيصال البضاعة إلى مخازن المشتري . وهو أقل من الأول ، لكنه متعارف عليه أيضا .

أما بالنسبة للضمان فإن المستورد حال فتحه لاعتماده المصرفي يقوم المصرف مباشرة بالتعاقد مع إحدى شركات التأمين - وبشكل إجباري - على تأمين البضاعة ضد الغرق والحريق والقرصنة والتلف والحروب حتى تدخل المخازن ، ويقوم المصرف بخصم ما دفعه لشركة التأمين من المستورد .

ولأن العرف العام معتبر عند الحنفية ، أرى صحة هذا الشرط استحسانا بالعرف ، وإن كان أحد المتعاقدين خارج المصر ، وخلافا لما ذكره الحنفية في كتبهم إذ لم يكن ذلك من أعرافهم ، لكنه يسير على وفق قواعدهم من تصحيح الشرط الفاسد الذي جرى به العرف [1] ، فقد أصبح في زماننا عرفا دوليا عاما ، يشمل بلاد المسلمين وغيرها ، أما إن لم نقل بجواز هذا الشرط إذا كان أحد البيعين خارج المصر ، لوقع الناس في حرج وضيق لا يخفيان على أحد ؛ بسبب خنق حركة التجارة الخارجية ، وعمليات الاستيراد والتصدير .

---

[1] انظر ص ٥٥

المطلب الثاني - الشراء بشرط ترك الثمر المتناهي على الشجر [١] :

إذا اشترى تاجر ثمرا على الشجر ، و كانت الثمرة قد تناهى عظمها ، واشترط المشتري تركها على الشجر ، فهل يصح هذا الشرط ، أم أنه شرط فاسد ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه فساد العقد بهذا الشرط ، وإليه ذهب : الشيخان من الحنفية (الإمام أبو حنيفـة ، والإمام أبو يوسف) [٢] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه صحة هذا الشرط ، وصحة عقد البيع به ، وإليه ذهب : المالكية [٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، ومحمد بن الحسن الشيباني (من الحنفية) [٦].

وسبب الخلاف بين المذهبين أمران :

الأمر الأول : هل إطلاق بيع الثمر على الشجر يقتضي القطع أو التبقية ؟ فإن قيل : إن الإطلاق يقتضي التبقية كما هو الحال عند الجمهور ، فإن اشتراطه يكون مؤكدا لمقتضى العقد ، وإن قيل : إن الإطلاق يقتضي القطع كما هو الحال عند الحنفية ، فإن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، فلا يصح . وهذا هو سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور **[٧]** .

---

[١] يقصد بالثمرة التي تناهى عظمها : أي التي نضجت نضوجا كاملا .

[٢] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ ، وابن الهمام : شرح فتح القـدير للعـاجز الفقيـر ٤٨٩/٥ ، والحصكفي : الدر المختار ٣٩/٤ .

[٣] ابن نصر : القاضي عبد الوهاب بن علي (ت : ٤٢٢هـ) **المعونة على مـذهب عـالم المدينـة** ، ط٢،١م، تحقيق : محمد حسن محمد حسن الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٨م ٤٠/٢ ، والحطاب : محمد بن محمد الرعيني (ت : ٩٥٤هـ) **مواهب الجليل** في شرح مختصر خليل ،ط٢، ٦م ، دار الفكر بيروت ، ١٩٧٨م ، ٥٠٠/٤

[٤] الشيرازي : المهذب ٢٨١/١ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٢/ ٤٩٦

[٥] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٤/٤ ، والبهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٦٦

[٦] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩ ، الحصكفي : الدر المختار ٣٩/٤ .

[٧] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ ، ابن نصر : المعونة على مـذهب عـالم المدينـة ٢/ ٤٠ ، والشيرازي : المهذب ٢٨١/١ ، و ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٥/٤ .

الأمر الثاني : هل جرى العرف أن يشترط المشتري ترك الثمر المتناهي على الشجر ؟ فإن قيل : إن العرف لم يجر باشتراطه ، كان هذا الشرط شرطا فاسدا عند الحنفية ؛ لأن العقد لا يقتضيه ، وإن قيل : قد جرى به العرف : لم يكن شرطا فاسدا ؛ لأن العرف مصحح للشرط الفاسد الذي لا يقتضيه العقد . وهذا هو سبب الخلاف بين الشيخين و محمد بن الحسن الشيباني [١] .

تنبيهان :

أولا- إذا بدا صلاح الثمرة أو لم يبد ، جاز البيع عند الحنفية باتفاق ، وعلى البائع قطع ماالشترى في الحال ، سواء اشتراها مطلقا أو بشرط القطع . فإن شرط تركها على الشجر ، ولم يكن قد تناهى عظمها ، فالبيع فاسد باتفاق الأئمة الثلاثة ، أما إذا تناهى عظمها ولم يشترط بقاءها على الشجر ، جاز البيع اتفاقا [٢] .

ثانيا- إذا بدا صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقا ، وبشرط الترك والتبقية ، عند المالكية والشافعية والحنابلة ، بخلاف محمد الذي يشترط أن تكون الثمرة قد تناهى عظمها ؛ لاشتراط التبقية ، ولا يكتفي بمجرد بدو صلاحها [٣] .

والحاصل : أنه إذا تناهى عظم الثمرة ، جاز بيعها مطلقا ، وبشرط التبيقية عند المالكية والشافعية والحنابلة من باب أولى ؛ لأنهم يجوزون ما دون ذلك ، وهو جواز البيع بشرط التبقية بمجرد بدو الصلاح .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على فساد شرط ترك الثمر المتناهي على الشجر ، بما يلي :

أولا : عموم نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع وشرط [٤] .

وجه الدلالة من الحديث :

إن البيع مع وجود الشرط لا يجوز ، وهو مفسد للعقد ، إلا ما استثني لمعنى ، وهذه المعاني هي :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٢٩ .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتـدي ٢٩/٢ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٨٩/٥ ، والحصكفي : الدر المختار ٣٩/٤ .

(٣) ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ٤٠/٢ ، الشيرازي : المهذب ٢٨١/١ ، ابن قدامة (الموفـق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٤/٤ .

(٤) تقدم تخريجه ص ٥٢ .

ورود الشرع به ، أو ملاءمته للعقد ، أو جريان العرف به [(١)] .

وشرط ترك الثمر المتناهي على الشجر عند الشراء ، لا يقتضيه العقد ، وليس من المعاني السابقة في شيء ، فلا يمكن أن يستثنى من أصل المنع وعمومه ، فيبقى على أصل المنع [(٢)].

وقد بُيّن وجه الاعتراض على هذا الاستدلال سابقا ، ولا أرى موجبا للإعادة [(٣)] .

ثانيا : إن مطلق عقد البيع يقتضي تسليم المعقود عليه ، فهو وشرط القطع سواء ، أما شرط التبقية فلا يقتضيه العقد ، بل فيه منفعة لأحد المتبايعين دون الآخر [(٤)] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن الإطلاق في العقود محمول على العرف ، و إطلاق بيع الثمار التي بدا صلاحها محمول على التبقية عرفا ، فإذا شرطت التبقية فقد شرط ما يقتضيه العقد ، فكان الشرط مؤكدا لمقتضى الإطلاق [(٥)] .

ثالثا : إن تجويز هذا الشرط ليس إلا تجويزا لصفقتين في صفقة ؛ لأنه إن قوبل الشرط بثمن فهو إجارة في بيع ، وإن لم يقابل فهو إعارة في بيع ، ومثل هذا لا يجوز ، وهو منهي عنه [(٦)] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن معنى النهي عن صفقتين في صفقة هو أن يبيع الرجل البيع فيقول : هو بنساء بكذا ، و هو بالنقد بكذا ، وما نحن فيه ليس كذلك [(٧)] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز اشتراط ترك الثمر المتناهي على الشجر بما يلي :

---

(١) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٥٣ ، والحصكفي : الدر المختار ١٢٠/٤ .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ .

(٣) انظر ص ٦٤ .

(٤) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ ، والبابرتي : شرح العناية على الهداية ٤٨٩/٥

(٥) ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ٤٠/٢ ، والشيرازي : المهذب ٢٨١/١ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٥/٤ .

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٣ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ . وقد تقدم تخريج حديث النهي عن صفقتين في صفقة ص ٦٤ .

(٧) أحمد : مسند أحمد رقم (٣٧٨٣) ٣٩٨/١ .

أولا : جواز البيع بشرط لم ينه عنه الشارع ، أو لم يكن مناقضا لمقتضى العقد ؛ لقوله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " [١] ، ثم إن الصحيح أن النهي قد ورد عن شرطين في بيع لا عن شرط واحد [٢] .

ثانيا : عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع [٣] .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

إن الحديث يفيد النهي عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها ، فكان للنهي غاية يقف عندها ، ولا يتعداها ، **فمفهوم الحديث :** أن بيع الثمرة بعد بدو صلاحها جائز ، وإلا فما فائدة ذكر بدو الصلاح ؟ ولماذا جعل غاية للنهي ؟ لا شك أن تعليق حكم المنع بغاية يفيد مخالفة ما قبل الغاية لما بعدها [٤] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن الحديث معناه : لا تبيعوا الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط تبقيتها إلى أن تصلح ، إذ إن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك ممنوع بإجماع ؛ لأنها لا تأمن العاهة [٥] .

ثالثا : عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وكان إذا سئل عن صلاحها قال : حتى تذهب عاهته [٦] .

---

[١] سورة البقرة / ٢٧٥

[٢] و لا يخفى أن هذا الدليل يصلح شاهدا للحنابلة كما سبق وبينا . انظر : ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١٦١/٤ ، وقد تقدم حديث النهي عن شرطين في بيع ص ٦٥ .

[٣] متفق عليه ، البخاري : صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ٢٦٩/٤ ، مسلم : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الثمارقبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ٣٨٣/٦ .

[٤] ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ٢/ ٤٠ ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٩٦/٢ ، وابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٤/٤ .

[٥] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٨٩/5 .

[٦] البخاري : صحيح البخاري ٢٧٠/٤ . المسؤول عن معنى الصلاح هو ابن عمر (رضي الله عنهما) بدليل ما جاء عند مسلم : " فقيل لابن عمر : ما صلاحه ؟ قال : تذهب عاهته " . مسلم: صحيح مسلم٣٨٥/٦ .

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

إن ذكره (صلى الله عليه وسلم) للعاهة يدل على التبقية ؛ لأن ما يقطع على الفور لا يخاف من العاهة عليه ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت الثمرة من العاهة ، فيجوز بيعها بشرط بقائها ؛ لأن علة المنع قد زالت [(١)] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن مقصود الحديث هوالنهي عن بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها بشرط التبيقة ؛ لأنهـا لا تـأمن العاهة ، فإن بيعت قبل بدو الصلاح ، فقطعها لازم على المشتري ، اشترط التبقية أم أطلق الشراء ؛ لأنه بقطعها يأمن عاهتها [(٢)] .

رابعا : إن إطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أوان الجذاذ والحصاد ، كما هي عادة النـاس ، فـإذا شرطت التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق ، فجاز [(٣)] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن إطلاق البيع يقتضي القطع ، وتفريغ ملك البائع ، كما هي عادة الناس ، فإذا شرطت التبقيـة فقد شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتبايعين ، وهذا الشرط لا يلائم العقد ولا جرى به العرف ، ولا نص فيه ، فيفسد العقد به [(٤)] .

خامسا- الاستحسان ، **وبيانه :** إن شرط ترك الثمر المتناهي على الشجر وإن كـان لا يقتضـيه عقد البيع ، لكن جرى به العرف ، ولا عرف في غير المتناهي ، **والفرق بينهما :** أن المشتري للثمر غير المتناهي قد شرط في العقد الجزء المعدوم (وهو الذي يزيـد بتغذيتـه مـن الأرض والشجر) وهذه الزيادة تحصل بعد البيع من ملك البائع ، فكأن المشتري بهذا الشرط ضم المعدوم إلى الموجود واشتراهما ، فيفسد العقد ، وهذا بخلاف الثمرة إذا تناهى عظمها ؛ لأن ما يحصل لها تغير وصف بسبب إنضاج الشمس ، فيثبت جواز الشرط في المتعارف عليه [(٥)] .

---

(١) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٦٥/٤ .

(٢) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٩١/٥ .

(٣) ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ٤٠/٢ ، والشيرازي : المهذب ٢٨١/١ ، وابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤/ ٦٤ .

(٤) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥/ ٤٨٩ .

(٥) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢٩/٢ ، الكرلاني : الكفاية على الهداية ، ٥/ ٤٨٩ .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن " دعوى تعامل الناس شرط الترك في المبيع ممنوعة ، وإنما التعامل بالمسامحة بالترك مـن غير شرط في عقد البيع " [١] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما تأول به الفقهاء بعض هذه الأدلة ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه القائلون بجواز بيع الثمر الذي بدا صلاحه مطلقا ، وذلك لما يلي :

أولا- جواز البيع مع وجود الشرط إذا لم يكن الشرط منهيا عنه أو مناقضا لمقتضى العقد ، والشرط الذي نحن فيه ليس منهيا عنه شرعا ، ولا مناقضا لمقتضى عقد البيع .

ثانيا – إن الأصل في الإطلاق في العقود يحمل على العرف ، والإطلاق في مسألة شراء الثمر المتناهي على الشجر يقتضي الترك في زماننا ، فاشتراط الترك والتبقية إنما هو اشتراط لما يقتضيه إطلاق عقد البيع ، وهذا **ما نبه عليه ابن عابدين من الحنفية حيث قال** : " ولا يخفى أنهم في هذا الزمان ، وإن لم يشترطوا الترك لكنه معروف عندهم ، وقد قالوا : إن المعروف عرفا كالمشـروط شرطا ، ولو علم المشـتري أن البائع يأمره بالقطع لم يرض بشـرائه بعشـر الثمن " **[٢]**.

والظاهر أن موقف أبي حنيفة وأبي يوسف قد بني على عرف زمانهم ، الذي يقتضي إطلاق العقد فيه القطع ، حتى إذا تغير هذا العرف في زمن محمد بن الحسن ، بنى المسألة على عرف زمانه.

ثالثا – إن مفهوم المخالفة هو الأصل فيما بناه الجمهور من أحكام ، حيث جوزوا بيع الثمر بعد بدو الصلاح مطلقا، وهذا مفهوم قوله :" حتى يبدو صلاحها " ، وإن كان الحنفية ينازعون في حجية الأخذ بمفهوم المخالفة في كلام الشارع ، إلا أن الصحيح أنه متى تبين يقينا أو بغالب الظن أن القيد معتبر في تشريع الحكم ، صح الأخذ بمفهوم المخالفة **[٣]** .

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ .

[٢] ابن عابدين : مجموعة رسائل ابن عابدين ، رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف ، ١٣/٢.

[٣] الدريني : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ص ٣٥٦ .

رابعا- إن الفتوى في المذهب على قول محمد بن الحسن الشيباني ، وإن اختار بعض علماء المذهب قول الشيخين للفتوى إلا أن ابن عابدين نبه بقوله :" ...لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما " [(١)] .

وهذا الترجيح مقبول ؛ لأن قواعد الحنفية لا تأباه إذ مبناه على العرف .

وبناء عليه :

أرى تصحيح بيع الثمر الذي بدا صلاحه مطلقا وبشرط الترك ، سواء تناهى عظمه أو لا ؛ لأن العرف كما هو معلوم في بلادنا أن يشتري التاجر (الزيتون أو العنب أو غيرهما) بمجرد بدو صلاحها من المزارع ، ثم يتركها على الشجر حتى يحين موعد قطفها ، مشترطا ذلك في بعض الأحيان أو غير مشترط ، وفي حالة عدم الاشتراط لا يطالب المشتري بقطف ما اشتراه قبل موعد القطف المتعارف عليه ، وقد يكون هذا عرفا عاما أو خاصا ، وإذا عرفنا أن العرف العام معتبر عند الحنفية في تخصيص النص ، والعرف الخاص معتبر وإن خالف ظاهر الرواية في المذهب [(٢)] ، حكم بتصحيح هذا البيع عند الحنفية كما هو عند الجمهور ، وقواعد الحنفية لا تأباه.

---

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٣٩/٤ .

(٢) ابن عابدين : مجموعة رسائل ابن عابدين ، رسالة (نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العـرف) ص ١٣١ .

المبحث الثالث

الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، لكنه ملائم للعقد ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اشتراط البائع أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا معينا .

المطلب الثاني : اشتراط البائع أن يقدم المشتري بالثمن كفيلا حاضرا .

المبحث الثالث- الشرط الذي لا يقتضيه عقد البيع ، ولكنه ملائم للعقد [١] :

المطلب الأول- اشتراط البائع أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا معيّنا أو غير معين [٢] :

إذا باع التاجر سلعته بثمن مؤجل ، واشترط على المشتري أن يعطيه بالثمن رهنا معينا ، فقد اتفق الفقهاء على جواز اشتراط الرهن المعين في عقد البيع [٣] ؛ ومع أن عباراتهم مختلفة في تجـويزه ، وتوجيهه إلا أن مؤداها واحد ، ولنستعرض نموذجا من توجيهاتهم بغرض المقارنة و التحليل :

أولا- الحنفية :

هو شرط لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيـث المعنـى مؤكـد إياه [٤] .

ثانيا- المالكية :

هو شرط لا يقتضيه عقد البيع ولا ينافيه ، بل يعود على البيع بمصلحة [٥] .

---

(١) الشرط الملائم :هو الشرط الذي يؤكد موجب العقد ، ويقرر مقتضاه ، والثمن من موجبات العقد ؛ لذلك عبـر ابن الهمام عنه بقوله : ما " يتضمن التوثق بالثمن " . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعـاجز الفقيـر ٧٨/٦ ، وابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ١٢٢/٤ .

(٢) رهنا معينا : أي رهنا بعينه ، وذاته ، فلا يحل غيره محله . والتعيين عند الحنفية يكون بالإشارة أو التسمية ، وعند الشافعية والحنابلة بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعـاجز الفقيـر ٧٨/٦ ، وابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ١٢٢/٤ ، والشربيني : مغني المحتاج إلـى معرفـة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، و ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ . والظاهر أن المعنى في الحالتين واحد : فالإشارة إلى الرهن تقتضي مشاهدته وإلا كيف يشير إلـى غيـر مشـاهد ؟ وتسمية الرهن تقتضي معرفة صفاته وإلا كيف يسمي شيئا لا يعرفه ؟ أو لنقل أن من سمى الرهن رضي بما يعلم من صفات المسمى وإن لم يحط بها إحاطة أوصاف السلم .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتـدي ٤٨٠/٢ ، الحطاب : مواهب الجليل ١٧/٥ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبيـر ٢٤٧/٣ ، الشـيرازي : المهذب ٢٦٨/١ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معـاني ألفـاظ المنهـاج ٣٨٢/٢ ، ابـن قدامـة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ ، والبهوتي : الـروض المربـع شـرح زاد المسـتقنع ص٢٤٧ .

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، والحصكفي : الدر المختار ٤/ ١٢٢ .

(٥) المواق : التاج والإكليل ٣٧٥/٤ ، الدردير : الشرح الكبير ٦٧/٣ .

ثالثا- الشافعية :

هو شرط لا يقتضيه العقد ، لكن فيه مصلحة ، والحاجة تدعو إليه [١] .

رابعا : الحنابلة :

هو شرط غير مناف لمقتضى العقد ، بل فيه مصلحته [٢] .

ونلحظ من خلال ما سبق :

أولا – إن سبب تخصيص هذا الشرط أو استثنائه من عموم النهي عن بيع وشرط عند الحنفية هو : ملاءمته لعقد البيع ؛ لأن فيه توثيقا لمقتضاه ، ومقتضى البيع أن تنتقل ملكية الثمن إلى البائع فيقبضه ، وملكية السلعة إلى المشتري فيقبضها ، ولأن البيع تم بثمن مؤجل ، ولم يقبضه البائع ، اشترط الرهن توثيقا للثمن ، و تحقيقا للموازنة بينه وبين المشتري ، وهنا يبرز الاستحسان .

ثانيا – إن سبب خروج هذا الشرط عن محمل النهي عند المالكية وعدم منافاته للعقد ، المصلحة التي يعود بها اشتراط هذا الشرط على عقد البيع ، وهذه المصلحة هي : حفظ حق البائع في الثمن ، ومثال ما ينافي مقتضى العقد : أن يبيعه السلعة بشرط ألا يبيعها [٣] ؛ لأن مقتضى العقد أن يتملك المشتري السلعة ، وهذا يضمن له حرية التصرف فيما ملكه .

ثالثا- إن سبب تخصيص الشافعية لهذا الشرط من عموم النهي هو : المصلحة العائدة على العقد ، والحاجة الداعية ، أما المصلحة فقد تقدم الحديث عنها ، أما الحاجة فلأن كثيرا من التجار لا يبيع بآجل – على الرغم من الحاجة إلى البيع بالأجل- إلا باشتراط الرهن حفظا لحقه [٤] .

سادسا- لنا أن نقول : إن تعبير الحنفية بالملاءمة يعني تحقق مصلحة العقد ؛ لأن مصلحته تكون بتأكيد موجبه .

والحاصل : إن وجود هذا الشرط يوثق حق البائع في ثمن سلعته التي باعها بالثمن المؤجل ويحفظه .

---

[١] الشيرازي : المهذب ٢٦٨/١ ، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ .

[٢] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤ / ٢٦٩ ، والبهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٤٧ .

[٣] المواق : التاج والإكليل ٤/ ٣٧٢ ، وفيه : أن البيع بهذا الشرط يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه ، فإن ترك الشرط صح البيع ، على المشهور في المذهب .

[٤] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ .

ذكرنا أن الفقهاء اتفقوا على جواز اشتراط الرهن المعين في عقد البيع ، ولكنهم اختلفوا في جواز اشتراط الرهن غير المعين في عقد البيع - أي أنهم اختلفوا هل يجب أن يكون الرهن المشـروط في عقد البيع معينا أم لا ؟ - على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه عدم جواز اشتراط الرهن غير المعين ، فإن شُـرط كان شرطا فاسـدا ، وإليـه ذهب : الحنفية [١] ، والشافعية [٢] ، والحنابلة [٣] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه جواز اشتراط الرهن غير المعين ، وأنه شرط صحيح ، وإليه ذهب المالكية [٤] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على فساد شرط الرهن غير المعيّن في عقد البيع بما يلي :

أولا- إن جواز اشتراط الرهن المعين في عقد البيع ثبت استحسانا على خلاف القيـاس [٥]، فـإن كان الرهن غير معين بقي على أصل المنع وهو القياس . **وبيانه :**

إن القياس المعدول عنه هو **:** عدم جواز هذا الشرط ، للأسباب الآتية [٦] :

السبب الأول : أنه بيع وشرط وهو منهي عنه [٧] .

السبب الثاني : أنه صفقتين في صفقة ، وهو منهي عنه [٨] .

السبب الثالث : أنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتبايعين دون الآخر ، وبمثله يفسد البيع .

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ،والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٨٠/٢

[٢] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

[٤] القرافي : أحمد بن إدريس (ت : ٦٨٤ هـ) **الذخيرة** ، ط١ ، ١٤م ، تحقيق : د. محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي بيروت ١٩٩٤م، ٨٢/٨ ، والحطاب : مواهب الجليل ٣٧٦/٤ .

[٥] غير خاف أن هذا الدليل ذكره الحنفية .

[٦] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٨٠/٢ .

[٧] تقدم تخريج حديث النهي عن بيع وشرط ص ٥٢.

[٨] تقدم تخريج النهي عن صفقتين في صفقة ص ٦٥ . وهذه هي أدلة زفر في منع الرهن المعين وغير المعين.

لكن عدل عن هذا القياس أخذا بالاستحسان **ووجه الاستحسان** (وبه يظهر السبب في التفرقة بين الرهن المعين وغير المعين) :

إن اشتراط الرهن المعين في عقد البيع ملايم للعقد ؛ لأن الرهن للاستيثاق ، والاستيثاق يلائم مقتضى العقد وموجبه ، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد ، فإذا كان الرهن معينا ، اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق ، وبه يتأكد حق البائع ، فصح الشرط .

أما إذا لم يكن الرهن معينا ، لم يبق معنى الشرط ، وهو الاستيثاق ؛ بسبب الجهالة ؛ لأن المشتري ربما يأتي بشيء يرهنه لا يزيد عن عشر الثمن المطلوب ، وليس في ذلك من التوثق في شيء ، فبقي الاعتبار لعين الشرط ، فإن لم يعين الرهن يبقى الشرط على الأصل والقياس وهو المنع ، فيفسد [١] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن المشتري (الراهن) يجبر على دفع رهن ثقة ، وهو الرهن الذي يقع به الوفاء بالثمن ، وبمثله يحصل الاستيثاق [٢] .

ثانيا- إذا لم يكن الرهن معينا ، فإنه يختلف ويتباين تباينا فاحشا ، وليس له عرف ينصرف إليه حال الإطلاق فيفضي إلى المنازعة ، فيفسد العقد باشتراطه ، بخلاف المعين [٣] .

ثالثا – إن البائع إذا أطلق الرهن ولم يعينه ، فقد شرط رهنا مجهولا ، وهو عقد يختلف في المعقود عليه فلا يصح مع الجهالة كالبيع [٤] .

ودليل أصحاب المذهب الثاني على جواز اشتراط الرهن غير المعيّن في عقد البيع :

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، و المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٨٠/٢ ، والبابرتي : شرح العناية على الهداية ٩٧/٩-٩٨ . وفي هذا رد على الإمام زفر الذي منع شرط الرهن في عقد البيع ولو كان معينا أخذا بالقياس كما هي عادته . انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٧٨/٦ .

[٢] ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ١٤٦/٢ ، الدردير : الشرح الكبير ٢٤٧/٣ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٧/٣ .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

[٤] المصدر السابق نفسه .

القياس على اشتراط الشهود ، فكما أن اشتراط الشهود غير المعينين على عقـد البيـع جـائز ، فاشتراط الرهن غير المعين في عقد البيع جائز ؛ لأن الرهن أجنبي عن العقد كالشاهد ، فلا مانع من إلحاقه به ، ثم إن الرهن وثيقة فجاز اشتراطها مطلقا كالشهادة [١] .

واعترض على هذا الاستدلال :

إن قياس الرهن غير المعين على الإشهاد قياس مع الفارق ، لأن للشهادة عرفا في الشرع تحمل عليه ، بخلاف الرهن ، فليس له عرف يحمل عليه [٢] .

وهذا يعني : أنه لو أطلق اشتراط الشهود ، فصفات من تقبل شهادتهم معروفة ، ومتى اسـتجمع الشاهد هذه الشروط ، كان مقبول الشهادة ، فليس لشاهد مزية على شاهد بل يحصل المقصود من الإشهاد بأي شاهد كان من مقبولي الشهادة سواء أكان معينا أم لم يكن كذلك .

والرهن بخلافه ، فإن الرهن ليس له عرف ينصرف إليه ، فقد يأتي المرتهن برهن لا يبلغ عشـر معشار الثمن المطلوب ، فيفقد الرهن معناه ، وهو الاستيثاق ، وبهذا لا يتم المقصود من الرهن ، فخالف الشهادة [٣] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن الرهن يلزم بنفس العقد كالبيع ، فإذا أطلق اشتراط الرهن ولم يعين ، يجبر المشـتري علـى تقديم رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين (أي فيه وفاء بالدين) ، فإن لم يجـد البـائع عنـد المشتري رهنا تحصل به الثقة ، ملك البائع نقض البيع ، وأخذ سلعته ، أو أن يترك المشتري بلا رهن ، فاشتراط الرهن الثقة ينفي الجهالة [٤].

واعترض على هذا الجواب بثلاثة اعتراضات :

الاعتراض الأول : إن الرهن لا يلزم قبل القبض ؛ لقوله تعالى : " فرهن مقبوضة " [٥] .

---

[١] القرافي : الذخيرة ٨٢/٨ .

[٢] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

[٣] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٢/ ٣٨ ، وفيه : " لا يشترط تعيين الشـهود فـي الأصح ؛ لأن المقصود ثبوت الحق ، وهو يثبت بأي شهود كانوا ، ولو عينهم لم يتعينـوا " ، وابـن قدامـة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤/ ٢٦٩ .

[٤] ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ١٤٦/٢ ، والدردير : الشـرح الكبيـر٣/ ٢٤٧ ، والدسـوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٧/٣ .

[٥] سورة البقرة / ٢٨٣ .

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة :

إن كلمة (فرهن) مصدر مقرون بحرف الفاء في محل الجزاء (جواب الشرط) ، وما كان كذلك فالمراد به الأمر ، والمعنى : ارهنوا وارتهنوا ، ولما لم يكن هذا الأمر للوجوب في حق نفس الرهن ، وجب أن يعمل به في شرطه ، وهو القبض [١] .

الاعتراض الثاني : إن قياس الرهن على البيع قياس مع الفارق لوجهين :

الوجه الأول : إن الجهالة في عقد البيع تفسد العقد ، فلا يصح القياس عليه في محل الدعوى المراد إثباتها ، وهي تجويز رهن المجهول [٢] .

الوجه الثاني : إن البيع ينعقد ويلزم بمجرد الإيجاب والقبول (أي بالقول) بخلاف الرهن ، فلا يلزم إلا بالقبض [٣] .

الاعتراض الثالث : إن من الأعيان ما يسهل حفظه ، ومنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ، وهكذا فإن الغرض يختلف بالأعيان ، فإن أطلق الرهن ولم يعين ، وجوزنا هذه الصورة ، فقد لا يتمكن البائع من تحقيق غرض توخاه في الرهن ، فتقع المنازعة [٤] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه القائلون بعدم جواز اشتراط الرهن غير المعين (أي إطلاق شرط الرهن) في عقد البيع ، وذلك لما يلي :

أولا- إن عمدة المالكية في أن النهي عن بيع وشرط لا يتناول شرط الرهن في عقد البيع هو عدم منافاته لمقتضى العقد ؛ لأن فيه مصلحة تعود على العقد .

---

(١) نظيره : قوله (صلى الله عليه وسلم) : " الحنطة بالحنطة مثلا بمثل " ، والمعنى بيعوا ، ولما لم يكن البيع واجبا، صرف الوجوب إلى شرطه وهو المماثلة . انظر : البابرتي : شرح العناية على الهداية ٩/ ٦٧ .

(٢) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

(٣) المصدر السابق ٤/ ٢٧٠ ، وتجدر الإشارة إلى أن ابن قدامة أتى بهذا الجواب على أساس قياسهم الرهن على الخيار ، لكن يصلح أن يكون ردا على تشبيههم الرهن بالبيع ؛ فإني لم أجد من المالكية من قاس انعقاد الرهن بمجرد العقد على الخيار ، بل الموجود القياس على البيع .

(٤) المصدر السابق نفسه .

وإذا تأملنا شرط الرهن غير المعين (وهو رهن الثقة) نجد أنه لا يحقق مقتضى العقد ؛ لأنه يوقع المرتهن في خطر عدم التمكن من الاستيفاء ، وذلك من وجهين :

الوجه الأول :

إن الراهن إذا قدم رهنا يختاره هو ، وسلمنا أنه رهن ثقة يحصل به الوفاء ، فإن هذا الرهن قد لا يكون رائجا ، فلا يسهل بيعه : كسيارة قديمة وإن وقع بها الاستيفاء ، فإمكانية الاستيفاء موجودة لكنها صعبة ، وتحتاج إلى وقت وجهد . لكن إذا عين المرتهن الرهن كان أعلم بما يسهل بيعه و ما لا يسهل .

الوجه الثاني :

إن الراهن يقدم رهنا يناسبه ، ويتماشى مع مصالحه ، وفي هذا إغفال واضح لمصلحة المرتهن ، فقد يقدم الراهن رهنا لا يسهل حفظه ، ويشق على المرتهن حفظه ، فيقع المرتهن في نار حفظ الرهن ، خشية أن يهلك بتقصير منه ، فيكون له ضامنا .

فإن قيل : إن البائع لا يجبر على قبول هذا الرهن غير المعين ، بل ينظر مصلحته ، فإن علم أنه لا يحصل به وفاء ، أو يشق عليه حفظه ، فله أن لا يقبل الرهن ويرضى بالبيع دونه ، أو أن يلغي الصفقة .

يجاب : أن لا مصلحة للبائع في انتظار المشتري تقديم رهن ثقة ، فقد يمضي وقت غير يسير حتى يتمكن البائع من الحصول عليه ، في الوقت الذي لو طلب رهنا معينا ، فلم يؤمن مباشرة ألغى الصفقة ، وبحث عن مشتر جديد ، ففي انتظار رهن الثقة ، واعتبار أن الرهن يلزمه بمجرد العقد ، وعلى البائع انتظاره ، حتى يجد رهنا مناسبا وإلا ألغى الصفقة ، تضييع للوقت والجهد ، وعسى البائع أن يجد مشتريا أفضل .

ثانيا- إن بعض السلع تتذبذب أسعارها من يوم إلى آخر [1] ، وفي ارتفاعها وانخفاضها خسـارة على البائع أو المشتري ، **وبيانه :**

---

[1] مثاله : أن السيارات القديمة في الأردن قد انخفض سعرها بشكل كبير بعد صدور قـانون تخفـيض الرسـوم الجمركية على السيارات الحديثة ، وكان هذا الانخفاض بعد صدور القرار مباشرة ، ثم ارتفع سـعرها بعـد إقبال العراقيين على شرائها من السوق الحرة وبأثمان مغرية ، ثم عاود الانخفاض بعد صدور قرار الحكومة العراقية بعدم السماح باستيراد السيارات القديمة ، والاقتصار على الحديثة .

إن المشتري إن لم يقدم رهن الثقة حتى انخفض سعر المبيع ، اضطر البائع إلى بيعها بثمن أقـل من الأول ، حال إلغاء البيع الأول ، وهذا تفويت لربح كان يرجوه ، فإن تم البيـع الأول خسـر المشتري ربحا كان يأمله ؛ لأن الصفقة تمت بسعر مرتفع قبل الهبوط وقد لزمه البيع .

أما إن قدم رهن الثقة بعد ارتفاع السعر ، خسر البائع ؛ لأنه لو كان معينا ولم يقبض في الحال فلا بيع بينهما ، فيبيع سـلعته بالثمن الجديد ، فإمهاله للمشـتري فوت عليه إمكانية البيع بثمن أعلـى من الأول ، فيبدأ البائع يحتال لعدم قبول الرهن الثقة بشتى الوسائل حتى يلغي الصـفقة ، وفـي إلغائها تضييع لحق المشتري ، وخسارة عليه إذ لم يستفد من ارتفاع السعر ، بل سيضـطر إلـى شراء السلعة بالثمن الجديد .

لذلك أرى أن في عدم تعيين الرهن وإتمام الصفقة نوعا من تعليقها ، فيقع الخداع ، والنزاع بين البائع والمشتري ، والشرط إنما وضع لضمان الحق ، ومنع النزاع ، فعاد الشرط على سبب جوازه بالبطلان ، فمصلحة العقد تقضي بعدم جواز الرهن غير المعين .

المطلب الثاني – اشتراط البائع أن يقدم المشتري بالثمن كفيلا حاضرا [١] :

إذا باع التاجر سلعته بثمن مؤجل ، واشترط على المشتري أن يقدم بالثمن كفـيلا حاضـرا كـي يضمن حقه ويوثقه ، فقد اتفق الفقهاء على جواز هذا الشرط إذا كان الكفيل حاضرا في المجلس ، ووافق على كفالة المشتري [٢] .

وإليك نماذج من نصوصهم بغرض التحليل :

أولا- الحنفية :

"...(أو لا يقتضيه لكن) يلائمه ، كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر " [٣] .

ثانيا- المالكية :

" قوله (كشرط رهن وحميل وأجل) أي أن البيع يصح مع اشتراطه هذه الأمور " [٤] .

ثالثا- الشافعية :

" ويستثنى عن النهي عن بيع وشرط : البيع بشرط الرهن والكفيل المعينين " [٥] .

---

[١] هذه المسألة كسابقتها ، وما قيل هناك يقال هنا بشكل عام ، لذلك نجد اقترانهما معا عنـد الفقهـاء فيقـال : " اشتراط الرهن والكفيل " ، إلا أنني أفردتها بالذكر لأبين بعض الخصائص التي يختص بها اشـتراط الكفيـل دون الرهن ، وللتأكيد على ما سبق وذكر في مسألة الرهن . وليعلم أن مسالة اشتراط الحوالة كالكفالة عنـد الحنفية ، فقد قال ابن الهمام : " وشرط الحوالة كالكفالة " . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٧٨/٦ ، يعني : لوباع التاجر بشرط أن يحتال بالثمن ، و الصورة هي : لو باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن ، فسد قياسا ، وجاز استحسانا ؛ لأنه شرط ملائم للعقد ، إذ الحوالة عادة تكـون علـى الأمـلأ والأحسن قضاء ، فيكون في هذا الشرط تعجيل اقتضاء البائع للثمن . أما لو باع على أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشتري فسد البيع قياسا واستحسانا ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع للبائع ؛ لأنه يـدفع مطالبة غريمه له ، ويسلطه على المشتري . ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٢٩٤ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٣ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٨٠/٢ ، الحطاب : مواهب الجليل ٣٧٥/٤ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشـرح الكبيـر ٦٧/٣ ، النـووي : روضة الطالبين ٤٠٠/٣ ، و الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ ، والبهوتي : الروض المربع شـرح زاد المسـتقنع ص ٢٤٧ .

[٣] الحصكفي : الدر المختار ١٢٢/٤ .

[٤] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٧/٣ .

[٥] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ .

رابعا- الحنابلة :

" وإذا اشترى سلعة على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه ، أو على أن يعطيه بـالثمن حمـيلا يعرفانه ، فالبيع جائز ...أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح " (١) .

وإذا تأملنا النصوص السابقة وغيرها مما ورد في تفصيلات المسألة نجد ما يلي :

أولا- استخدم الفقهاء ألفاظا مترادفة للدلالة على ذات المعنى ، فقالوا : كفيل ، وحميل ، وضمين ، ولا يخفى أن فعيلا هنا بمعنى فاعل ، أي : كافل ، وحامل ، وضامن (٢) .

وزاد بعضهم عليها : قبيل ، وزعيم ، وصبير ، وذكر أنها بمعنى واحد (٣) .

وفرق بعضهم بينها فقال : إن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع (٤) .

ثانيا- جعل الفقهاء الكلام عن شرط تقديم الرهن أو الكفيل مقرونا ، فهم يجمعون بينهما كتوأمين في رحم واحد ؛ لاشتراكهما في دليل الجواز عندهم ، فهما يمشيان تحت مظلة الاستثناء من النهي عن بيع وشرط عند الجمهور ؛ لأن المقصود بهما واحد وهو الاستيثاق ، وهو ملائم للعقد .

واتحاد المقصود بهما هو السبب في اقترانهما عند الحنابلة ، فما قيل من دليل على جواز تقديم الرهن المعين في المسألة السابقة يقال هنا (٥) .

ثالثا – إن المالكية يخالفون الجمهور في اشتراط تقديم الكفيل المعين ، كما خالفوهم في اشتراط تقديم الرهن المعين - وهذا يفهم من إطلاقهم شرط الرهن والكفيل - وما قيل هناك يقال هنا ، والحاصل : أن المالكية لم يشترطوا التعيين لا في الرهن ولا في الكفيل (٦) .

---

(١) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشائع ١٧٣/٥ ، الحطاب : مواهب الجليل ٣٧٥/٤ ، الشربيني : مغنـي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصـر الخرقـي ٢٦٩/٤

(٣) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٦٩/٤ .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ١٩٨/٣ .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، الحطاب : مواهب الجليل ٣٧٥/٤ ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤/ ٢٦٩ .

(٦) الحطاب : مواهب الجليل ٣٧٥/٤ .

رابعا- انفرد الحنفية بذكر صفة الحضور للكفيل بدلا من التعيين كما هو في الرهن ، **والفرق بينهما :** أن " وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع ، فيصير الكفيل كالمشتري ، فلا بد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لا يشترط حضرته " [١] ، لكن مالم يقبضه البائع لا يثبت فيه حكم الرهن ، وإن انعقد عقد الرهن عند الجمهور خلافا للمالكية [٢] .

خامسا- اتفق الشافعية والحنابلة أن الكفيل يجب أن يكون معينا ، وتعيين الكفيل عندهم يكون بالاسم والنسب اتفاقا ، وأضاف الشافعية : المشاهدة ، والحنابلة : الإشارة إليه [٣] . وهنا نلمس أمرين :

الأمر الأول- إن المشاهدة أو الإشارة إلى الكفيل تعني : حضور الكفيل ، إذ كيف يشاهد غائب ، أو يشار إلى غير موجود ، فهما بهذا يتفقان مع الحنفية الذين اشترطوا حضور الكفيل مجلس العقد ، وموافقته على الكفالة ، **ولكن الفرق بينهما :** أن الحضور متعين عند الحنفية ، وليس كذلك عند الشافعية والحنابلة .

الأمر الثاني – إن تعيين الكفيل بالاسم والنسب ، يفهم منه عدم حضوره ، فكأنهم يجوزون أن يكون الكفيل معينا بالاسم والنسب وإن كان غائبا عن مجلس العقد ، وبهذا يتفقون مع المالكية في جواز أن يكون الرهن أو الحميل غائبين [٤] ، بخلاف الحنفية الذين اشترطوا حضور الكفيل مجلس العقد لما بينا .

سادسا – فرق المالكية بين غيبة الرهن وغيبة الكفيل : فغيبة الرهن جائزة إن قربت غيبته أو بعدت ، لكن توقف السلعة حتى يقبض الرهن الغائب ، أما اشتراط الكفيل الغائب فجائز إن كانت غيبته قريبة لا بعيدة ، **ووجه الفرق بينهما :** أن الكفيل قد يرضى بالكفالة ، وقد لا يرضى بها ، فلذلك اشترط فيه القرب [٥] .

---

[١] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٦/ ٧٨ .

[٢] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٤٦/٢ ، ابن نصر : المعونة على مذهب عالم المدينة ١٤٤/٢ ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣/ ٥٨ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٣٦/٤ .

[٣] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٧٠/٤ .

[٤] الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٧/٣ .

[٥] المصدر السابق نفسه .

سابعا- لا خلاف أن شرط الكفالة لا يتم إلا بموافقة الكفيل [١] .

ونخلص من كل ما سبق إلى ما يلي :

أولا- إن حضور الكفيل مجلس العقد لا نزاع في جوازه عند الجمهور ، أما الحنفية فقد اشترطوه لصحة شرط الكفالة ، بينما نجد الجمهور أكثر تساهلا على درجتين :

الدرجة الأولى :

يكفي التعيين ، بالإشارة أو المشاهدة أو الاسم والنسب ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة .

الدرجة الثانية :

يجوز اشتراط الكفيل ، وإن لم يكن معينا ، وهذا ما ذهب إليه المالكية .

ثانيا- إن الخلاف بين الفقهاء يظهر في صورتين :

الصورة الأولى :

إذا اشترط الكفيل ولم يكن حاضرا في مجلس العقد ، وتم تعيينه بالاسم والنسب ، فهذه الصورة أجازها الشافعية والحنابلة ، وأدلتهم هنا هي أدلتهم في اشتراط تعيين الرهن ، أما المالكية فجوازها من باب أولى ، كيف لا ، وهم يجوزون أن يكون الكفيل غير معين أصلا !

ومنعها الحنفية ؛ لأنهم فرقوا بين الرهن والكفيل كما مر [٢] .

الصورة الثانية :

إذا اشترط الكفيل ولم يكن حاضرا أو معينا ، صحت هذه الصورة عند المالكية فقط ؛ لأنهم يجوزون أن يكون الكفيل غير معين ، كما جوزوا أن يكون الرهن غير معين لذات الدليل الذي مر معنا . وأفسد الجمهور هذا الشرط لذات الأسباب التي أفسدوا بها اشتراط الرهن غير المعين ، وقد مر معنا الكلام فيه [٣] .

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٣/٥ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٧/٣ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٨٢/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢٧٠/٤

(٢) انظر ص ٨٦.

(٣) انظرص ٧٨ .

الترجيح :

الصورة الأولى :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه الصورة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه الحنفية من وجوب أن يكون الكفيل المشترط حاضرا مجلس العقد ، وذلك لما يلي :

إن سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور مبناه على أن اشتراط الكفيل هل يعامل معاملة اشتراط الرهن ، أم لا ؟

فمن عامله معاملة اشتراط الرهن : من حيث وجوب التعيين سار على ذات القواعد كما هو الحال عند الشافعية والحنابلة .

أو عدم اشتراط التعيين سار على نفس القواعد كما هو الحال عند المالكية .

ومن لم يعامله ذات المعاملة و فرق بينهما ، اشترط حضور الكفيل ، ولم يكتف بمجرد التعيين ، كما هو الحال عند الحنفية .

وإذا أنعمنا النظر وجدنا أن الفرق الذي ذكره الحنفية معتبر ، وله حظ من النظر ، وذلك لأن الرهن يكون – غالبا- في ملك المشتري ، فإذا وافق على شرط البائع برهنه ، لم يبق عليه سوى إحضاره ليقبضه البائع إن لم يكن حاضرا أصلا ، وهذه من فوائد التعيين في الرهن .

أما الكفيل فإن عين ، ولم يكن حاضرا ، فإن احتمال رده للكفالة وعدم قبولها وارد ، فإن رفضها فإما أن يبحث عن كفيل معين آخر ، أو يكون البائع بالخيار إن شاء لم يمض البيع ، وإن شاء قبل البيع دون كفيل .

وهذه الخيارات بالنسبة للبائع أحلاها مر ؛ لما يلي :

الخيار الأول - إن انتظار معرفة موافقة الكفيل من عدمها قد تأخذ وقتا ، ثم إن رفض الكفيل المقترح ، بحث عن غيره ، وهذا يتطلب وقتا وجهدا من البائع والمشتري أيضا ؛ لأن البائع يحتاج كفيلا مليئا ثقة ، يسهل عليه الأداء حال تعثر المشتري وعجزه عن الأداء .

الخيار الثاني - إن لم يمض البائع البيع بسبب عجز المشتري عن تقديم الكفيل المعين ، فإنه قد يضطر إلى بيع سلعته بعد أن أضاع وقتا وجهدا مع المشتري ، وعله لا يجد مشتريا مناسبا ؛ لأنه

كان ممتنعا عن البيع بسبب التزامه مع المشتري ، وإذا عرفنا أن الأسعار ترتفع وتنخفض بسرعة مذهلة ، فقد يخسر هذا البائع الكثير عند بيع سلعته بعد أن أوقف بيعه للأول .

الخيار الثالث – إذا رضي البائع ببيع سلعته للمشتري دون كفيل ، فقد خسر شـرط الاسـتيثاق ، وفيه من الخطر ما فيه ، ولا أرى البائع يرضى بهذا إلا إن كان لا يجـد لسـلعته مشـتريا ، أو ليمنع خسارته بسبب تذبذب الأسعار .

أما اشتراط حضور الكفيل ففيه راحة مما سبق ؛ لأن العادة أن هذا الكفيل الذي حضر المجلس لم يأت إلا وهو يعلم أنه سيكفل المشتري ، وإلا بأي صفة كان حضوره لمجلس بيع وعقد .

أما إن كان حضوره عرضيا ، فذات المشكلة ستتكرر لو رفض إلا أن فيه توفيرا لبعض الوقت ، حيث علم الطرفان مباشرة برفضه .

الصورة الثانية :

أما هذه الصورة التي تفترض أن الكفيل لم يكن حاضرا ولا معينا ، فالقول فيها هو ذات القول في مسألة كون الرهن غير معين .

ولذات الأسباب المذكورة في مسألة تعيين الرهن أرجح اشتراط تعيين الكفيل أو حضـوره علـى عدمه .

الفصل الثالث

تطبيقات الاستحسان في خيارات عقد البيع عند الحنفية ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : خيار الشرط .

المبحث الثاني : خيارا النقد و التعيين .

المبحث الثالث : خيار العيب .

المبحث الأول

خيار الشـــرط ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف خيار الشرط ، ومشروعيته .

المطلب الثاني : مدة خيار الشرط .

المطلب الثالث : إذا شرط الخيار لأجنبي عن العقد .

تمهيد :

لا يخفى أن العقد إما أن يكون لازما أو غير لازم ، وهذا من رحمة الله تعالى ؛ لأنه لو لم يكـن في العقود سوى العقد اللازم ، لوقع الناس في الضيق والحرج ، ومقصد الشريعة إنما هـو رفـع الضيق والحرج عن العباد لتحقيق مصالحهم ، وبيانه :

إن عقد البيع في الأصل متى استكمل أركانه وشروطه صار عقدا لازما ، ومعنى اللزوم هو : أن لا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخه دون رضا الآخر .

وليس كل أحد من الناس يملك من الخبرة والحذق ما يؤهلانه للبيع والشراء ، فإن كثيرا من الناس قد يحتاج إلى استشارة غيره من أهل الخبرة والممارسة والاختصـاص ، فيحتـاج لوقـت لهـذه الاستشارة مع عدم تضييعه للصفقة التي بين يديه في الوقت نفسه ، فإن نصح بإتمامها أو بفسخها فعل ، ولم يكن مغبونا في الحالتين ، فإن لم يكن لديه هذه الفسحة من الوقت يغـبن فـي أغلـب أحواله ؛ لنقص خبرته ، وعجالته وعدم تريثه .

وقد يشتري الإنسان سلعة ثم يطلع على عيب فيها ، لم يكن قد رآه ، ولا اطلع عليه ، ولا علم به ، فيشعر بالغبن ، فلا بد من تعويض عن هذا الغبن .

وقد يحار في شراء سلعة تنتمي إلى جنس واحد _ كثلاثة أثواب مثلا – لا يعرف الجيد من الوسط من الرديء ، فيحتاج إلى مشورة .

وقد يعلق شراءه على دفع الثمن ؛ لأنه يتأمل وفق حساباته أن يصله مبلغ من المـال ، فيشـترط على البائع : إن لم أحضر المال حتى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فالمشتري يقدر أنه إن لـم يصـله المال ، فلن يشتري هذه السلعة ، لعدم رغبته في الدين – مثلا - .

وهكذا هذه صور من صور الخيارات : خيار الشرط ، والعيب ، والتعيين ، والنقد ، ونلحظ كيف تم من خلالها رفع الضيق والحرج .

فلو قلنا : إن عقد البيع ليس له إلا صورة اللزوم ، لوقع الناس في الحرج والضيق [1] .

وإن الاستحسان قد ساهم مساهمة فاعلة في تحقيق هذا المقصد الشرعي – وهـو رفـع الضـيق والحرج - في عقد البيع عن طريق الخيارات ،من حيث مشـروعيتها أو تطبيقاتهـا ، وسـوف نستعرض نماذج عملية تطبيقية تشهد على دعوانا هذه .

---

[1] شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٥٩٦ .

المبحث الأول – خيار الشرط :

المطلب الأول : تعريف خيار الشرط ، ومشروعيته .

أولا- تعريف خيار الشرط :

هو أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه خلال ثلاثـة أيـام ، إذا شرط ذلك في العقد [١] .

صُوره :

أن يقول **المشتري للبائع :** اشتريت منك هذه السلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام ، فيقبل البـائع ،
أو أن **يقول البائع للمشتري :** بعتك هذه السلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام ، فيقبل المشتري ،
أو أن **يشترطاه جميعا** : بأن نضيف على الصورة الأولى قبول البائع على أنه يملك ذات الخيار ، وفي الصورة الثانية قبول المشتري على أنه يملك نفس الخيار .

ثانيا – مشروعيته :

إن مقتضى العقد أن يكون لازما بمجرد اجتماع أركانه وشروطه ، لكن خيار الشرط يخالف هذا المقتضى فيعلق اللزوم خلال المدة المشترطة للخيار [٢] .

وعلى الرغم من أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد إلا أن الفقهاء قد اتفقوا علـى جـوازه ؛ لورود النص بإباحته [٣] .

وقد علمنا سابقا أن الحنفية والمالكية والشافعية قد استثنوا من عموم النهي عـن بيـع وشـرط : الشرطَ الذي ورد به النص [٤] .

---

[١] شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٥٩٧ ، بتصرف يسير . هذا هو القدر المتفق عليـه بـين الفقهاء ، وإلا فمنهم من أجاز اشتراطه لغير العاقدين (لأجنبي) ، ومنهم من جعل مدته على حسب ما يتفق عليه الطرفان ، ومنهم من جعلها على حسب المبيع. وسيأتي تفصيل كل ذلك إن شاء الله تعالى .

[٢] المصدر السابق ص ٥٩٤ .

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ ، و المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتـدي ٣١/٢ ، الحطاب : مواهب الجليل ٤٠٩/٤ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩١ ، الشـيرازي : المهذب ٢٥٨/١ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٠٩/٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ ، و البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٥١ .

[٤] انظر ص ٥٤ .

أما الحنابلة فالأصل عندهم – كما مر – جواز الشرط في عقد البيع ما لم يكن مخالفا للشـرع أو مناقضا لمقتضى العقد ، وخيار الشرط قد ورد به النص ، فلا خلاف في جوازه عندهم . لكـنهم يختلفون عن الجمهور في أنهم يرون أن شرط الخيار لا يناقض مقتضى العقد [1] .

و الفرق بين الحنفية من جهة ، وبين الجمهور من جهة أخرى ، أن الجمهور أثبتوا هذا الخيـار بسبب ورود النص ابتداء ، أما الحنفية فنصوا على أن هذا الشـرط جـائز استحسـانا ، ووجـه الاستحسان النص الوارد .

وهذا حسب منهجهم إذ جعلوا حديث النهي عن بيع وشرط أصـلا وعممـوا علتـه ، حتـى إذا اصطدمت هذه العلة وهذا التعميم مع نص آخر ، ظهر فساد هذه العلة في الصورة التي ورد بهـا النص ، فعدلوا عن أصلهم وتعميمهم ، واستثنوا الصورة التي ورد بها النص من ذاك العمـوم ، وسموا هذا الاستثناء استحسانا ، مشيرين بذلك إلا أن هذه الصورة خارجة عن الأصل والقياس .

وهذا ليتنبه الناظر في النص الذي كان سببا في الاستثناء ، فإن كان معللا جاز القياس عليه ، وإلا فلا ؛ لأنه خارج عن القياس ، وهو غير معلل ، ومثله لا يقاس عليه غيره .

أما دليل مشروعية هذا الشرط (وجه الاستحسان عند الحنفية) هو :

عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : ذَكَر رجل للنبي (صلى الله عليه وسلم) أنه يُخدع في البيع ، فقال : " إذا بايعت فقل : لا خِلابة " [2] .

وجه الاستدلال من الحديث الشريف :

إن هذا الحديث دليل على جواز اشتراط الخيار في عقد البيع ؛ لأن قوله (صلى الله عليه وسلم) " فقل : لا خلابة " اشتراط لعدم الخداع ، فيترتب على الإخلال بهذا الشرط حق الفسخ .

وكأن تلقينه (صلى الله عليه وسلم) هذه المقولة لهذا الرجل ليتلفظ بها عند بيعه وشرائه ، ليطلع العاقد الآخر على أنه لا يملك الخبرة الكافية في البيع والشراء ، فإذا ظهر غبن بعد هذه المقولة

---

(١) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

(٢) تقدم تخريجه ص٥٤ . واختلف في هذا الرجل المبهم هنا ، فقيل : هو حبان بن منقذ ، وقيل : هو عمرو بـن منقذ ، صحح النووي الثاني ؛ لأن التصريح باسمه قد جاء في سنن ابن ماجه رقم (٢٣٥٥) ٧٨٩/٢ ، وهو ما رجحه أستاذنا الدكتور نور الدين عتر . ورجح ابن الهمام الأول ؛ لأن الرواية التي فيها التصـريح بأنـه منقذ بن عمرو منقطعة فلا يعتد بها . انظر : ابن حجر : تلخيص الحبير ٢٣/٣ ، وابن الهمام : شرح فـتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ٤٩٨،و عتر : إعلام الأنام شرح بلوغ المرام من أحاديث الأحكام ص٦٧٨ .

المعرفة التي تقوم مقام الشرط ، فسخ العقد [١] .

اعتراض :

إن الاستدلال بهذا الحديث الشريف على جواز خيار الشرط غير صحيح ؛ لأنه ليس فيه دليل على جوازه [٢].

وأجيب :

بأن قوله " لا خلابة " يحمل معنيين يدلان على شرط الخيار [٣] :

المعنى الأول :

إن عدولي عن البيع اللازم بسبب الخيار ، ليس من باب الخداع والغرر ، ولكن للتروي .

المعنىالثاني :

إني أشترط لنفسي الخيار كي أتروى ، وأدفع الغبن عن نفسي ، إن كان في هذا البيع غبن .

فمعنى الشرط موجود ومفهوم ، فكان الحديث دليلا على الجواز .

---

[١] ابن حجر : فتح الباري ٣٣٧/٤ ، وعتر : إعلام الأنام شرح بلوغ المرام من أحاديث الأحكام ص ٦٧٨ .

[٢] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٩٩/٥ . **ويرى ابن الهمام أن ما رواه الحاكم يصلح دليلا علـى** شرط الخيار ، فقد روى عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : (كان حبان بن منقذ رجـلا ضـعيفا ، وكان قد سفع ، في رأسه مأمومة ، فجعل له رسول الله (صلى الله عليه وسلم) الخيار فيما اشترى ثلاثا ، و كان قد ثقل لسانه ، فقال له رسول الله (صلى الله عليه وسلم) :" بع، وقل : لا خِلابة" ، فكنت أسمعه يقول : لا خذابة ، لا خذابة ، وكان يشتري الشيء ويجيء به أهله ، فيقولون : هذا غال ، فيقول : إن رسـول الله (صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي) الحاكم : المستدرك على الصحيحين ، كتـاب البيـوع ، رقـم (٢٢٠١) ٢٦/٢ ، وسكت عنه الحاكم . **لكن اعترض على استدلال ابن الهمام السابق :** بأنه متروك بالإجماع ، ؛ لأن الخيار قد جعل له بمجرد العقد ، ولو قال : اشتريت لا خلابة ، لم يكن له خيار الشرط ؛ لأن خيـار الشرط لا بد أن يكون مشروطا في العقد . القرافي : الذخيرة ٢٤/٥ .

[٣] الكرلاني : الكفاية على الهداية /٥ ٤٩٩ .

المطلب الثاني- مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط الخيار لمدة ثلاثة أيام فما دونها ، كما أنهم اتفقوا على فساد اشتراط الخيار لمدة مجهولة غير معينة [١] ، و لكنهم اختلفوا في شرط الخيار لمدة تزيد على الثلاثة أيام ، على مذهبين :

المذهب الأول :

أفسد أصحابه شرط الخيار إذا زادت مدته على الثلاثة أيام ، وإليه ذهب أبوحنيفة وزفـر بـن هذيل [٢] ، والشافعية [٣] ، لكن أبا حنيفة جوز هذه الصورة وصححها إذا أنجز البيع وتمـم قبـل الدخول في اليوم الرابع .

المذهب الثاني :

أجاز أصحابه شرط الخيار إذا زادت مدته على الثلاثة أيام ، وإليه ذهب : المالكية [٤] ، والحنابلة[٥]، والصاحبان من الحنفية (القاضي أبو يوسف ، و محمد بن الحسن الشيباني) [٦] .

لكن الحنابلة والصاحبين من الحنفية فوضا أمر المدة إلى العاقدين وما يتفقان عليه ، بخلاف

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٤ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتـدي ٣١/٢ ، الحطاب : مواهب الجليل ٤١٤/٤ ، والدردير : الشرح الكبير ٩٥/٣ ، الشيرازي : المهذب ٢٥٨/١-٢٥٩ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٢/ ٤١٧ وما بعدها ، ابن قدامـة (الموفـق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٤/٣ ، ٤١٧/٣ ، البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٥١ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٤ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتـدي ٣١/٢ ، وفيه : " إلا أنه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة (رضي الله عنه) خلافا لزفر ، هـو يقـول – أي زفر- : إنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا ، وله – أي للإمام الأعظم – أنه أسقط المفسد قبل تقـرره ، فيعـود جائزا ، كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ؛ ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلـك لـم يتصل المفسد بالعقد".اهـ

[٣] الشيرازي : المهذب ١/ ٢٥٨ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفـاظ المنهـاج ٤١٧/٢ ومـا بعدها .

[٤] الحطاب : مواهب الجليل ٤١٠/٤ ، والدردير : الشرح الكبير ٩١/٣

[٥] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٤/٣ ، والبهـوتي : الـروض المربـع شـرح زاد المستقنع ص ٢٥١

[٦] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ ، والمرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣١/٢ .

المالكية الذين رأوا أن مدة الخيار تعتمد على نوع السلعة ، فكل سلعة مدة الخيار فيها بحسبها[١].

وسبب الخلاف بين المذهبين الأول والثاني :

إن الحكم إذا ورد على خلاف الأصل ، هل يقتصر به على أقصى ما ورد فيه أم لا ؟

فمن قال بأنه يقتصر به على أقصى ما ورد فيه لم يجز الزيادة على ثلاثة أيام ، ومن لا ، فلا .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على فساد شرط الخيار إذا جاوز الثلاثة أيام بما يلي :

أولا- عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال : سمعت رجلا من الأنصار- وكانت بلسانه لوثة- يشكو إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه لا يزال يغبن في البيع ، فقال له رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : " إذا بايعت فقل لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد" [٢] .

وجه الاستدلال بالحديث الشريف :

إن القياس يقضي بفساد هذا الشرط ؛ لأنه مخالف لمقتضى العقد ، وهو اللزوم ، إلا أنه أجيز استحسانا لورود النص به على خلاف القياس ، فوجب الاقتصار على المدة المذكورة في النص ، وما جاوزها وجب أن يظل على القياس ، وهو الفساد [٣] .

واعترض على هذا الاستدلال بثلاثة اعتراضات :

الاعتراض الأول :

إن الثابت في الصحيحين وكتب السنن قوله :" إذا بايعت فقل : لا خلابة " أما رواية الاشترط إلى ثلاثة أيام فهي منكرة لا أصل لها [٤] .

الاعتراض الثاني :

---

(١) المصادر السابقة نفسها .

(٢) رواه البيهقي : أحمد بن الحسين (٤٥٨هـ) ، سنن البيهقي الكبرى ، ١٠م ، تحقيق : محمد عبدالقادر عطا، دار الباز، مكة المكرمة ، ١٩٩٤م ، كتاب البيوع ، باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ، رقم (١٠٢٣٦) ٢٧٣/٥ ، والحديث ضعيف ، انظر الزيلعي : نصب الراية ٦/٤

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معـاني ألفـاظ المنهاج ٤١٧/٢ .

(٤) ابن حجر : التلخيص الحبير ٢٣/٣ ، ونسب هذا القول لابن الصلاح .

روي أن السائل كان يتجر في الرقيق ، فكانت مدة الثلاثة أيام كافية له ، فلا تتناول غيره من السلع [١] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن هذا الكلام يحتاج إلى دليل ولا يكفي فيه مجرد الاحتمال [٢] .

الاعتراض الثالث :

إن دعوى منافاة خيار الشرط لمقتضى العقد غير صحيحة ؛ لأن مقتضى البيع نقل الملك ، والخيار لا ينافيه[٣] .

وإن سـُلم بقولهم ، "فإن الأصل متى خولف لمعنى في محل ، وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى "[٤].

ثانيا- إن تقدير النبي (صلى الله عليه وسلم) الخيار بثلاثة أيام يكـون إمـا لمنـع الزيـادة أو النقصان ، وإلا لم يكن لهذا التقدير فائدة .

أما منع النقصان فغير مراد اتفاقا بين المذاهب ، فلم يبق إلا منع الزيادة ، وهو المطلوب [٥] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن التقدير بالثلاث قد خرج مخرج الغالب ؛ لأن النظر يحصل فيها غالبا ، لكن هذا لا يمنع أن الحاجة قد تدعو إلى الزيادة عليها ، فإن حجارة الاستنجاء قدرت بالثلاثة ، ثم تجب الزيادة عليها عند الحاجة إذا لم تف بالغرض [٦] .

ثالثا – إن اشتراط الثلاثة أيام مع ما فيها من غرر جوزت بالنص ، فيتساهل بهذا الغرر ويعتبـر يسيرا ، أما إن زادت المدة على الثلاثة أيام ازداد الغرر ، فلا يعفى عنه ، بل يصير مفسدا .

واعترض على هذا الاستدلال :

---

[١] القرافي : الذخيرة ٢٥/٥ .

[٢] ابن حجر : فتح الباري ٢٣٢/٤ ، واستغربه ابن حجر من المالكية .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٤] المصدر السابق نفسه .

[٥] السرخسي : محمد بن أبي سهل (ت : ٤٨٣هـ) المبسوط ، دار المعرفة بيروت ١٩٨٦م ، ٤١/١٣ .

[٦] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ٥٠٠ ، الزيلعي : نصب الراية ٨/٤ ، ونسباه لابن الجوزي.

بأن شرط الخيار في العقد مستثنى من بيع الغرر - كما ذكر - لكن سبب هذه الرخصـة هـو أن يكون من له الخيار على بصيرة بالثمن والسلعة ؛ لينفي الغبن عن نفسه ، ثم إن جوزت الزيـادة على الثلاث فهي تربط بقدر الحاجة ، فيضرب من الأجل أقل ما يمكن تقليلا للغرر المذكور[١].

وأجيب عن هذا الاعتراض :

إن التقدير بالحاجة غير صحيح ؛ لأن الحاجة لا يصح ربط الحكم بها لخفائها وتباينها[٢] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز شرط الخيار إذا جاوز الثلاثة أيام ، بما يلي :

أولا- ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه أجاز الخيار إلى شهرين [٣] .

واعترض على هذا الاستدلال بخمسة اعترضات :

الاعتراض الأول :

إن حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) لا يعرف في كتب الحديث والآثار ، فلا يصح الاستشهاد به حتى يعلم ثبوته [٤] .

الاعتراض الثاني :

إن مفهوم العدد في حديث ابن عمر لا ينهض على مقارعة منطوق حديث حبان [٥] .

الاعتراض الثالث :

إن حديث حبان مشهور ، فكيف يعارضه حديث ابن عمر وهو حكاية حال ! [٦] .

---

[١] الحطاب : مواهب الجليل ٤٠٩/٤ .

[٢] ابن قدامة(الموفق) المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٣] حديث ابن عمر موقوف عليه ، وقد وهم البابرتي فجاء به بصيغة الرفع فقال :" لهما - يعني الصـاحبين - : حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أجاز الخيار إلى شهرين " البابرتي : شرح العناية على الهداية ٤٩٩/٥ . ومعلوم أن الكلام أو الفعل لو كان للصحابي قيد باسمه فيقـال : حـديث عائشة (رضي الله عنها) وحديث ابن عمر (رضي الله عنهما) وهذا يعني أنه من كلام الصحابي أو فعله ، وليس مرفوعا للنبي (صلى الله عليه وسلم) . إلا أن يقال : إن هذا من المقادير التي لا يسع الصحابة أن يجتهدوا فيها فتأخذ حكم الرفع .

[٤] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٠٠/٥ ، قال فيه الزيلعي : غريب جدا . الزيلعي : نصب الراية ٨/٤ .

[٥] المفتي : حاشية سعدي جلبي على شرح العناية ٥/ ٤٩٩ .

[٦] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٤٩٩/٥ ، ومعلوم أن حكاية الحال لا تعم عند الحنفية . انظر : المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح ١/ ٦٢ .

الاعتراض الرابع :

إن المذكور في حديث ابن عمر (رضي الله عنهما) مطلق الخيار ، فقد يحمل على خيار الرؤية أو العيب ، للرد بهما ، إلى شهرين [١] .

الاعتراض الخامس :

إن العمل بقول سيد البشر (صلى الله عليه وسلم) أولى من العمل بقول ابن عمر (رضي الله عنهما) [٢] .

ثانيا – إن النص الوارد في خيار الثلاثة أيام معلل بالحاجة إلى دفع الغبن ، وقد لا تفي الثلاثة أيام بتلك الحاجة ، فيلحق ما زاد عن الثلاثة أيام بها من حيث اتحاد علة الجواز دلالة أو قياسا [٣] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن النبي (صلى الله عليه وسلم) ضرب الثلاثة أيام لمن كان غاية في ضعف المعرفة ، فقد كان رجلا ضعيفا به مأمومة أفسدت صحته ، وعقدت عقله ولسانه ، وبلغ مِن الكِبر عتيا . فلا نكاد نجد رجلا أضعف حالا أو أكثر حاجة منه إلا من فقد عقله بالكلية ، وعلى الرغم من ذلك ، لم يجعل له النبي (صلى الله عليه وسلم) سوى ثلاثة أيام ، فالثلاثة أيام مدة صالحة لدفع الغبن ، وبه يتم المقصود وتراعى الحاجة ، فلا مبرر لإلحاق ما زاد على الثلاثة بها دلالة أو قياسا [٤] .

ثالثا- القياس على التأجيل في الثمن ، فإنه جائز في قليل المدة و كثيرها ، **والجامع بينهما ثلاثة أمور [٥]:**

الأمر الأول : الحاجة الداعية إليهما .

الأمر الثاني : أنهما حقان مستندان إلى الشرط ، فيرجع تقديرهما إلى مشترطهما .

الأمر الثالث : أنهما مدتان ملحقتان بالعقد ، فيرجعان إلى تقدير العاقدين .

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين :

---

(١) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥/ ٤٩٩ .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ ، و القرافي : الذخيرة ٢٥/٥ ،

(٤) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ٥٠٠ .

(٥) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥/ ٤٩٩ ، وابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

الاعتراض الأول :

إن قياس الخيار على الأجل قياس مع الفارق ؛ لأن الأجل في الثمن إنما يشترط ابتغاء القدرة على الأداء ، والقدرة علىالأداء تكون بالكسب والعمل ، وهذا لا يحصل في كل وقت ، بل الغالب فيه الحاجة إلى وقت طويل (١) .

الاعتراض الثاني :

نسلم بصحة القياس على الأجل ، لكن الأجل قد شرع على خلاف القياس مطلقا ولم يقيد بزمن ، فعمل بإطلاقه ، أما الخيار فقد شرع على خلاف القياس مقيدا بثلاثة أيام ، فيجب أن يعمل بهذا التقييد . ولو أن الأجل قد شرع مقيدا بمدة ، لقلنا بها ولم نزد عليها ؛ لوجوب الاقتصار على مورد النص (٢) .

رابعا – إن الخيار شرع لاستدراك المصلحة ، فوجب أن يشرع منه ما يحصلها -كيف كانت تحصيلا لمقصود الشارع - وإلا فاتت المصلحة بذلك ، وضاع مقصود الشارع (٣) .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، وما تأول به العلماء بعض هذه الأدلة ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه القائلون بعدم فساد خيار الشرط إذا جاوز الثلاثة أيام ، وهم أصحاب المذهب الثاني ، بل أخص بالترجيح ما ذهب إليه الحنابلة والصاحبين من الحنفية ، وذلك لما يلي :

أولا- إن الحديث الشريف الوارد في المسألة – وهو عمدة القائلين بالتأقيت بثلاثة أيام- قد رواه أصحاب الكتب الستة حاشا ابن ماجه دون ذكر لاشتراط الثلاثة أيام (٤) ، وهذا مما يشكك في صحة هذه الزيادة .

---

(١) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٤٩٩/٥ .

(٢) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٠٠/٥ .

(٣) القرافي : الذخيرة ٢٥/٥ .

(٤) يكفي أنها لم ترد عند الشخين البخاري ومسلم . البخاري : صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع ٢٣٢/٤ ، و مسلم : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب من يخدع في البيع ٣٨١/٦ .

ثانيا- بعد التسليم بصحة الزيادة الواردة في الحديث ، فإنه لا تخفى علة الحكم ، وهـي الحاجـة الداعية للسلامة من الغبن ، فإن لم تتحقق هذه السلامة في ثلاثة أيام ، لم يبق لهذه العلة معنـى ، ونكون بذلك قد أهملنا معنى النص بدلا من إعماله . و نحن نعلم أن النص متى كان معللا جـاز القياس عليه ، أو لنقل أنه يشمل الزيادة من باب دلالة النص .

ثالثا- إن البيوع الحالية والتي تكون بأثمان فلكية أحيانا ، لا شك أن مدة الثلاثة أيام غيـر كافيـة فيها ، فإن المرء لا يسعه اختبار الثمن ولا المثمن فيها ، خصوصا أن التجارة أصبحت عالميـة ، فيحتاج التاجر لمزيد من الوقت كي يحسم أمره .

رابعا- إن ما ذهب إليه الحنابلة ، والصاحبان من الحنفية أكثر دقة مما ذهب إليه المالكية ؛ لأننـا لو قدرنا مدة الخيار بحسب السلعة ، فلكل بلد ولكل مخمن وجهة نظر ، قد تتلاقى أحيانا وتختلف أحيانا أخرى ، وقد يكون فيها تعسف في بعض الأحيان ، وقد تكون تلك المـدة كافيـة لشـخص بخلاف آخر ؛ فالناس متفاوتون في قدراتهم ، وإمكانياتهم ، فكلام المالكية يلاحظ تفاوت السـلع لا الأشخاص ، والخيار كما هو ظاهر من نص الحديث الشريف روعي فيه التاجر لا السلعة ، فكلام الحنابلة والصاحبين أكثر انسجاما مع النص .

فلو تركنا تحديد المدة للعاقدين فكلٌ منهما يعرف مصلحته ويقدرها ، وتبقى الأمور على التراضي ما أمكن .

المطلب الثالث- إذا شرط الخيار لأجنبي عن العقد :

اتفق الفقهاء على صحة خيار الشرط إذا اشترطه أحد المتبايعين لنفسه أو كلاهما ، لكنهم اختلفوا إذا شُرط الخيار لأجنبي عن العقد - أي إذا اشترط لغير المتعاقدين – على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه عدم جواز اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد ، وإليه ذهب الشافعية في الصحيح [١] ، وزفر من الحنفية [٢] ، والقاضي من الحنابلة إلا أنه يرى جوازه إذا جعل الأجنبي وكيلا [٣] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه جواز اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد ، وإليه ذهب الحنفية [٤] ، والمالكية [٥] ، والشافعية في الأصح عندهم [٦] ، والحنابلة [٧] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم جواز اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد بما يلي :

أولا- القياس ، وبيانه :

إن الخيار إذا شرط في العقد يصير حقا من حقوق العقد وواجبا من واجباته ، وحكما من أحكامه ، وما كان هذه صفته لا يجوز اشتراطه لغير العاقدين ، وذلك قياسا على اشتراط الثمن على غير المشتري ، واشتراط ملك المبيع لغير المشتري [٨] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن اشتراط العاقد الخيار للأجنبي في معنى اشتراطه لنفسه ؛ لأنه جعل الأجنبي نائبا عنه ، ولا يكون ذلك إلا بعد أن يثبت الخيار للعاقد . فصار كأنه اشترط الخيار لنفسه ثم وكل غيره بالتصرف بحكمه ، ثم إن الأجنبية عن العقد إنما تكون مانعة لو أجيز الأجنبي مستقلا ، لكنه لم

---

[١] النووي : المجموع ١٩٦/٩ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٤] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٤

[٥] القرافي : الذخيرة ٢٩/٥

[٦] النووي : المجموع ١٩٦/٩

[٧] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٨] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٦/٥ ، الشيرازي : المهذب ٢٥٨/١ .

يعتبر إلا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد ، فباشتراطه للأجنبي يثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه ، فيثبت لهما [١] .

وأجيب عن هذا الاعتراض بجوابين :

الجواب الأول :

إن ثبوت الشرط للعاقد بطريق الاقتضاء يلزم منه : ثبوت ما هو الأصل بطريق الاقتضاء ، مع أن الثابت بالاقتضاء إنما يكون تبعا [٢] .

والجواب الثاني :

"إن اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا ، لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة ، بأن يجب الثمن على العاقد ، أم لا ، ثم على الغير كفالة عنه " [٣] .

ورُدّ على الجواب الأول :

بأن هذه الملازمة ممنوعة في هذه الصورة ؛ لأن الأصالة والتبعية إنما تكون بالنسبة إلى ما هو المقصود أولا وبالذات ، لا بالنسبة إلى الوجود ، فالمقصود أولا وبالذات هو الاشتراط للأجنبي ؛ لأن العاقد يحصل مقصوده من خلاله فكان هو الأصل نظرا إلى الخيار ، فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ؛ ليصح المقصود به ، والعاقد هو الأصل من حيث التملك لا من حيث الخيار ، فكان ثبوت الخيار للعاقد بطريق الاقتضاء موافقا لما هو الأصل في الاقتضاء [٤] .

ورد على الجواب الثاني :

بأن ثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي لا لإبطاله .

وبيانه :

إن الثمن دين على العاقد ، ولا يجب على الكفيل في الصحيح ؛ لأن الكفالة ليست من باب نقل الدين على الكفيل ، بل هي التزام المطالبة ، فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه الثمن على

---

[١] السرخسي : المبسوط ٤٧/١٣ ، البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥١٦/٥ ، ابن الهمام : شرح فتح القـدير للعاجز الفقير ٥١٦/٥ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٢] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥١٧/٥ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٧/٥ .

[٣] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥١٧/٥ .

[٤] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥١٧/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٧/٥ .

الأجنبي أبطلت المقتضي ، وهو اشتراطه ؛ لأن معنى الشرط : ثبوت الدين على المشترط عليه ، على ما هو ثابت على العاقد ، والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل [١] .

ثانيا- القياس على خيار العيب وخيار الرؤية ؛ فإنهما لا يثبتان لغير العاقد ، فكذلك هذا [٢] .

ثالثا – إن فيه تعليقَ انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير ، والبيع لا يحتمل ذلك ؛ لأن عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق أصلا [٣].

واعترض على هذا الاستدلال :

إن الخيار صفة في العقد ، وأصل العقد لا يتعلق بالشرط ؛ لأن أصل الموصوف لا يتعلق بالصفة ، وإنما يدخل الخيار في الحكم ، فيجعله في معنى المعلق بالشرط ، وصار كتأخير تسليم الثمن بشرط الأجل [٤] .

رابعا- إن اشتراط الخيار للعاقد – مع أن القياس يأباه – ثبت بالنص ، فبقي اشتراط هذا الخيار لغير العاقد على أصل القياس ، وهو المنع [٥] .

خامسا- شرع الخيار على خلاف الأصل لمصلحة المشترط ، والإنسان أعلم بمصلحته ، فلا يقاس عليه غيره [٦] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد بما يلي :

أولا- الاستحسان ، وبيانه : [٧] .

إن النص معلل بالحاجة إلى التأمل لدفع الغبن ، والناس يتفاوتون في بصارتهم في السلع ، فإذا علم الإنسان من نفسه قصورا في الرأي والتدبير ، وأنه لن ينتفع بالخيار إن اشتَرطه لنفسه ،

---

(١) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥١٧/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٧/٥ .

(٢) السرخسي : المبسوط ٤٧/١٣ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٦/٥ .

(٣) السرخسي : المبسوط ٤١/١٣ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٦/٥ .

(٤) السرخسي : المبسوط ٤١/١٣ .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٤ .

(٦) القرافي : الذخيرة ٢٩/٥ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

(٧) الاستحسان ووجهه دليل الحنفية كما لايخفى ، لكن الشافعية ذكروا ما ذكر الحنفية في وجه الاستحسان على أنه القياس عندهم . انظر : البغا : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ١٥٦ .

صارت حاجته داعية إلى اشتراطه للغير ممن يعرف برجاحة عقله وسداد فكره ، ليتحقق المقصود من شرعية الخيار [١] .

ثانيا- القياس على الوكالة في سائر التصرفات [٢] .

ثالثا- إن الخيار يعتمد شرطهما ، ويفوض إليهما ، وقد أمكن تصحيح هذا الشرط ، فـلا يجـوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه ؛ لقول النبـي (صـلى الله عليـه وسـلم) : " المسـلمون علـى شـروطهم " [٣].

الترجيح :

بعد استعراض أدلة المذهبين يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني مـن جـواز اشتراط الخيار للأجنبي وذلك لما يلي :

أولا- قوله (صلى الله عليه وسلم) :" المسلمون على شروطهم " [٤] .

ثانيا- إن الحكمة من تشريع خيار الشرط هي دفع الغبن عن المشتري ، ولا شك أن استمرار الغبن يوقع الإنسان في الحرج ؛ لأن الغاية من عقد البيع هي الاسترباح ، والإنسان إذا ظل يغبن في بيعه وشرائه لا شك أنه سيخسر ماله ، مما يوقعه في الشدة والحرج .

وإذا كانت هذه الحكمة- وهي دفع الغبن - لا تتحقق إلا باشتراط الخيار لأجنبي عن العقد وجب أن يصحح هذا الشرط ، وإلا عدنا على حكمة مشروعية خيار الشرط بالإبطال .

ثالثا- إن في منع جواز اشتراط الخيار للأجنبي مع الحاجة إليه ، تعطيلا لروح النص الذي أجاز الخيار ، وهدرا لمعناه .

رابعا- إن في تعطيل روح النص ومعناه وقوفا عند ظواهر النصوص والألفاظ مما يعني الجمود الفكري والفقهي ، وفي هذا تعطيل لمصالح العباد ، وتعطيل لمقاصد الشريعة .

خامسا- إن الحاجة تدعو – خصوصا في زماننا – إلى مثـل هـذا الشـرط ؛ لأن كثيـرا مـن المعاملات التجارية التي يقوم بها التجار ، والتي تبنى على مبالغ ضخمة تحتاج إلى انتظـار رأي

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٤/٥ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥١٦/٥ ، الشيرازي : المهذب ٢٥٨/١

[٢] السرخسي : المبسوط ٤٧/١٣ ، القرافي : الذخيرة ٢٩/٥ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني علـى مختصـر الخرقي ٤١٦/٣ .

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤١٥/٣ .

[٤] تقدم تخريجه ص 55

الخبراء فيها ؛ لأن التاجر قد لايملك الخبرة التقنية والفنية لتحديد جدوى صـفقته ، فهـو يسـاوم ويشتري بشرط موافقة الخبير الذي قد يكون عاملا عنده أو مستأجرا لبحث موضـوع الصـفقة ، فإن وافق الخبير ووقع على العقد تمت الصفقة وإلا فلا .

المبحث الثاني

خيارا النقد والتعيين ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : خيار النقد .

المطلب الثاني : خيار التعيين .

المبحث الثاني – خيارا النقد والتعيين :

المطلب الأول - خيار النقد :

أولا- تعريفه :

" أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين ، فلا بيع بينهما " [١] .

ثانيا- مذاهب الفقهاء في خيار النقد :

اختلف الفقهاء في جواز اشتراط خيار النقد على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه أنه شرط فاسد ، مفسد للعقد ، وإليه ذهب : الشافعية (في الوجه الصحيح عندهم) [٢]، وزفر من الحنفية[٣] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه صحة العقد مع الكراهة ، وبطلان الشرط ، وإليه ذهب المالكية [٤] .

---

[١] الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٠٩ .

[٢] النووي : المجموع ١٩٣/٩

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ١٧٥ .

[٤] تجدر الإشارة هنا أن المالكية فرقوا بين اشتراط دفع المشتري الثمن في مدة معينة وإلا فلا بيع بينهما ، وبين اشتراط أنه متى ما رد البائع الثمن فلا بيع بينهما . **فالصورة الثانية** غير جائزة عندهم ، فإذا أسقط الشرط فعندهم قولان : الأول : البيع والشرط باطلان ، وهو المشهور ، والثاني : البيع جائز . وعللوا عدم جواز اشتراط هذا الشرط بأن العقد تارة يكون بيعا ، وتارة يكون سلفا ، وأنه سلف جر منفعة ، وصنفوا هذا البيع بأنه بيع الثنيا ، وهو منهي عنه . أما الصورة الأولى ، فقد ذكر عن الإمام مالك فيها ثلاثة أقوال :

الأول : صحة البيع ، وبطلان الشرط ، وهو المروي في المدونة ، وعليه المالكية ، وفي هذه الحالة ينفذ البيع ويلزم سواء أتى المشتري بالمال أو لا ، ويلزم البائع بدفع المبيع ، ويلزم المشتري أخذه ، ويجبر على دفع الثمن . والفرق بين هذه الصورة ، وصورة البيع الصحيح الذي لم يشرط فيه النقد لكن حبست فيه السلعة حتى يأتي المشتري بالثمن : بأن هلاك السلعة في البيع الصحيح الخالي عن هذا الشرط يكون على المشتري وفي هذه على البائع .

الثاني : صحة البيع والشرط .

الثالث : فسخ البيع؛ لأنه فاسد ، وإن أسقط الشرط ، انظر : مالك : المدونة الكبرى ٨٣/٧، و٨ /١٣٥ ، والحطاب : مواهب الجليل٣٧٣/٤ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٣ .

المذهب الثالث :

ويرى أصحابه صحة الشرط والعقد ، وإليه ذهب : الحنفية [١] ، والإمام مالـك فـي قـول [٢] ، والشافعية (في الوجه المقابل للصحيح عندهم) [٣] ، والحنابلة [٤] .

تنبيهان :

التنبيه الأول : إن سبب الاختلاف بين أصحاب المذهب الأول والثاني هو : أن أصحاب المـذهب الأول يرون هذا الشرط فاسدا ويسري فساده للعقد . أما أصحاب المذهب الثاني فيرون أنـه وإن كان غير صحيح إلا أنه خفيف ؛ لأنه لم يقع عليه حصة من الثمن ، فلا يسري فساده للعقد [٥] .

التنبيه الثاني : إن الذين اتفقوا على جواز هذا الشرط وصحته في مدة معينة – وهم أصحاب المذهب الثالث – اختلفوا في هذه المدة ، فالإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ، والشافعية في الوجه المقابل للصحيح ، يرون صحته إلى ثلاثة أيام . أما محمد ، والإمام مالك في قول ، والحنابلة ، فيرون فيه ما رأوا في خيار الشرط ، من صحة مجاوزته للثلاثة أيام [٦] .

ونلحظ أن الجميع قد سار على أصله في خيار الشرط – حاشا أبا يوسف – وما قيل هناك يقـال هنا .

أما أبو يوسف فقد اضطرب النقل عنه ، فقيل : إنه مع الإمام ، وقيل : إنه رجع إلى قول محمد . فإن كان مع محمد فلا إشكال ، فهو ماض على ذات الأصل في خيار الشرط ، أما إن كـان مـع الإمام أبي حنيفة ، فموقفه يحتاج إلى تفسير وبيان [٧] .

بيان موقف أبي يوسف :

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٥/٥

[٢] الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

[٣] النووي : المجموع ١٩٣/٩

[٤] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٣/ ٤٢٠ .

[٥] النووي : المجموع ١٩٣/٩ ، الكاساني بدائع الصنائع : ١٧٥/٥، المواق : التاج والإكليل ٤٩٩/٤ .

[٦] ابن الهمام شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥/ ٥٠٣ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٦/ ٩-١٠ ، مالك : المدونـة الكبرى ١٣٥/٨ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٣ ، النووي : المجموع ١٩٣/٩ ، ابـن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤٢٠/٣ .

[٧] ابن نجيم : البحر الرائق ٩/٦-١٠ .

لقد بين موقف أبي يوسـف بما نصه : " وأبو يوسـف أخذ في الأصـل بالأثر ، وفي هذا بالقياس " [١] ، ولهذا الكلام معنيان [٢] :

المعنى الأول :

الأصل : هو شرط الخيار .

قوله : " وفي هذا " يعني : خيار النقد إذا زاد على الثلاثة أيام .

والمقصود بالأثر : ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه أجاز الخيار إلى شهرين [٣] .

والمعنى :

إن أبا يوسف ترك القياس – وهو عدم جواز الزيادة على ثلاثة أيام - في شرط الخيـار (وهـو الملحق به) لورود الأثر عن ابن عمر (رضي الله عنهما) ، وأخذ بالقياس في خيار النقد ؛ لعدم وجود النص فيه .

المعنى الثاني :

الأصل : جواز خيار النقد في ثلاثة أيام .

قوله : " وفي هذا " يعني : أي ما زاد على الثلاثة أيام في خيار النقد .

والمقصود بالأثر : ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه باع ناقة له من رجل بشـرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما [٤] .

والمعنى :

إن أبا يوسف أخذ في جواز خيار النقد إلى ثلاثة أيام بأثر ابن عمر (رضي الله عنهما) ، أما ما زاد على الثلاثة أيام فقد أبقاه على القياس ، وهو يقتضي عدم الجواز .

أدلة المذاهب :

استدل أصحاب المذهب الأول على فساد اشتراط خيار النقد ، وفساد عقد البيع به ، بما يلي :

أولا- القياس ، **وبيانه :**

---

(١) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣٢/٢ .

(٢) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٠٣/٥ .

(٣) تقدم ص ٩٩ .

(٤) لم أجد هذا الأثر الذي ذكره صاحب العناية .

إن هذا البيع قد شرط فيه إقالة فاسدة [(١)] ؛ لتعلقها بالشرط (وهو عـدم النقـد) ، والأصـل أن الإقالة لا تتعلق بالشرط ؛ لأن فيها معنى التمليك ، حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث [(٢)] ، وإن اشتراط الإقالة الصحيحة - التي لم تعلق بالشرط - في العقد مفسد ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، فاشتراط الفاسد أولى بالفساد [(٣)].

ثانيا – إن في هذا الشرط تعليق البيع على الغرر (خطر انعقاد العقد أو عدم انعقاده) فأشبه مـا لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما ، و ما كان هذه صفته من الشروط كان شـرطا فاسدا مفسدا لعقد البيع [(٤)] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على فساد اشتراط نقد الثمن ، مع صحة عقد البيع معه ، بمـا يلي :

أولا- وجود الغرر والمخاطرة [(٥)] .

وبيانه :

إن المشتري كأنه زاد البائع في الثمن على أنه إن نقده إلى ذلك الأجل فالمبيع له ، وإلا فلا شيء له [(٦)] .

ثانيا – إن هذا الشرط وإن كان غير صحيح إلا أنه خفيف ؛ لأنه لم يقع عليه حصة من الثمن ، وما كانت هذه صفته بطل وحده ، وصح العقد [(٧)] .

واستدل أصحاب المذهب الثالث على جواز اشتراط خيار النقد ، وصحة العقد معه ، بما يلي :

أولا- الاستحسان . **ووجهه :**

---

(١) الإقالة : هي فسخ البيع الذي تم بين المتبايعين .

(٢) الإقالة فسخ في حق المتعاقدين ، ولهذا بطل ما نطق به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه ، وهي بيع جديد في حق ثالث ، ولهذا تجب الشفعة للشفيع إذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا ، وعاد المبيع إلـى مالـك البائع ، ولو كانت الإقالة فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك . البابرتي : شرح العناية على الهداية ١١٤/٦

(٣) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٠٣/٥ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٩/٦-١٠.

(٤) النووي : المجموع ١٩٣/٩ .

(٥) مالك : المدونة الكبرى ١٣٥/٨ .

(٦) المصدر السابق نفسه .

(٧) ابن جزي : القوانين الفقهية ص ١٧٢ ، و المواق : التاج والإكليل ٤٩٩/٤ .

إن شرط نقد الثمن في معنى شرط الخيار ، من حيث الحاجة إليهما ، ووجود التعليق بشرط في كل واحد منهما ، أما الحاجة لخيار الشرط فقد بينا وجهها ، أما ههنا فإن الحاجة قد مست إلى فسخ العقد [١] عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ ، وإذا تبين لنا أن خيار النقد في معنى خيار الشرط جاز إلحاقه به دلالة لا قياسا [٢] .

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين :

الاعتراض الأول :

إن خيار النقد ليس في معنى خيار الشرط ؛ لأنه بالسكوت حتى مضي المدة في خيار الشرط يتم العقد ، وفي خيار النقد ينفسخ [٣] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

إن المعنى الذي نيط به الحكم في الخيارين هو الحاجة ، وهي موجودة فيهما ، وهو ما يلاحظ عند الإلحاق ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به [٤] .

الاعتراض الثاني :

إن الحاجة تندفع باشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فإن لم ينقد الثمن فسخ المشترط العقد ، وبهذا يجوز

---

[١] اختلف في توصيف العقد إن لم ينقد المشتري الثمن خلال المدة المعلومة : هل يكون فسخا أو أنه فاسد ولا ينفسخ ؟ إن الرأي الراجح في المذهب أنه لا ينفسخ وإنما يفسد البيع إذا كان المبيع باقيا على حاله . ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤٩/٤ ، مجلة الأحكام العدلية مادة (٣١٤) ونصها : " إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسدا " . وبعد تقرر الفساد يسعى إلىفسخ = =العقد ، والفرق بين االفسخ والفساد : أن المبيع قبل الفسخ وحال تقرر الفساد يكون على ملك المشتري ، ويكون تصرفه فيه نافذا ، وعليه الثمن . لذلك لم يرتض الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا بهذا الرأي الذي يقضي بأن العقد فاسد ، بل رأى ترجيح القول بفسخ العقد ، **وهذا نصه :** " غير أن النظر في غرض البائع الشارط ، وتعبير العاقدين بأنه إن لم ينقد المشتري الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما يقضي بترجيح القول بانفساخ البيع من نفسه عند عدم النقد ، وهذا الذي كان ينبغي أن تأخذ به المجلة ، فإن الفساد إنما شرع ضامنا لعدم إخلال العاقدين بشرائط العقد الشرعية ، لا لعدم إخلالهما بالتنفيذ " . الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٠٩-١١٠ .

[٢] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٧٥/٥ ، والبابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٠٢/٥ .

[٣] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥/ ٥٠٢ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤٢٠/٣

[٤] المصدران السابقان نفسهما .

البيع من غير خلاف [١] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول الطرفين (أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن) إلا بحضرة الآخر ، ولنا أن نفرض أن ذلك قد يتعذر ، فيصبح البيع لازما على خلاف إرادة أحدهما ، فكانت الحاجة إلى خيار النقد باقية [٢] .

ثانيا- إن هذا الخيار يروى جوازه عن سيدنا عمر (رضي الله عنه) [٣] .

ثالثا- ليس في هذا الخيار إلا تعليق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار ، وهذا جائز ، وصار كما لو شرط الخيار [٤] .

رابعا- هو نوع بيع يجوز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف [٥] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث الذين قالوا بصحة هذا الشرط ، وصحة العقد معه ، وذلك لما يلي :

أولا- إن الغاية من هذا الخيار هي تحقيق الموازنة بين البائع والمشتري ، فإن المشتري إذا عقد البيع على ثمن مؤجل ، دخلت السلعة في ملكه بمجرد العقد ، وإن لم يقبضها ، فلا يتمكن البائع من التصرف فيها ، وربما ماطل المشتري بدفع الثمن ، فيقع البائع بين مماطلة المشتري ، وعدم قدرته على التصرف بالمبيع ، فيصير غير قابض للثمن ، وغير قادر على الفسخ . فإذا شرط خيار النقد في العقد ، وانتهت المدة دون أن يحضر المشتري الثمن ، فسخ العقد تلقائيا ، وعادت له قدرته على التصرف بالمبيع ، فيكون قد سلم من مماطلة المشتري بالثمن أو الفسخ . فنكون قد

---

(١) المصدران السابقان نفسهما .

(٢) المصدران السابقان نفسهما .

(٣) النووي : المجموع ١٩٣/٩ ، وابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤٢٠/٣ ، ولم أجده في كتب الحديث ، والجدير بالذكر أن الحنفية ذكروا أثرا مرويا عن ابن عمر ، وقد تقدم ذكره .

(٤) المصدران السابقان نفسهما .

(٥) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤٢٠/٣ .

أعطينا الطرفين حقا ، أما البائع فلأننا حفظنا حقه في عدم المماطلة ، و أما المشتري فحفظنا حقه في السلعة ضمن الوقت المشروط في العقد .

ثانيا – إذا كان خيار الشرط قد جاز بالنص ، فإن خيار النقد ينبغي أن يجوز بدلالته ؛ لأن حكمه بمعنى خيار الشرط ، وفي هذا نظر إلى النص ومعناه ، ونكون قد تجنبنا الوقوف على ظواهر النصوص وحرفيتها ، مما يوسع من دائرة الاجتهاد ، ويجعلها تشمل الكثير من الوقائع والنوازل .

ثالثا – إذا نظرنا إلى واقع السوق اليوم وما يحصل فيه من مماطلات فاحشة ، وإذا علمنا أن للوقت ثمنا غاليا ؛ بسبب السرعة في تغير الأسعار وتبدلها ، علمنا أن خيار النقد يحقق نوعا من الأمان للبائع ، فرب بائع يعلم أن ثمن بضاعته سينخفض بعد أسبوع مثلا لظرف ما ، وجاءه من يشتري هذه البضاعة بالنسيئة ، وتمت الصفقة ، فإذا مر الأسبوع ، جاءه المشتري ليلغي الصفقة ، فيقع البائع في خسارة ؛ لأنه سيبيعها بثمن منخفض . أما لو اشترط البائع خيار النقد إلى ثلاثة أيام ، وإلا فلا بيع بينهما ، فمرت الأيام الثلاثة ، عمل على تصريف بضاعته من تاجر آخر ، وذلك ضمن الثمن المطلوب .

أما بالنسبة لمدة هذا الخيار فلا أزيد عما قلته في مدة خيار الشرط [1] .

---

[1] انظر ص ١٠١ .

المطلب الثاني : خيار التعيين :

أولا- تعريفه :

حق يثبت لأحد المتعاقدين في تأخير تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة إلى أجل معلوم ، إذا شرط ذلك في العقد [(١)] .

ثانيا- صورتا خيار التعيين :

لخيار التعيين صورتان ؛ لأنه إما أن يكون للبائع ، أو للمشتري [(٢)].

الصورة الأولى :

أن يبيع تاجر واحدة من ثلاث سيارات مبينا ثمن كل واحدة منها على أن يعين المشتري إحداها في مدة لا تزيد على ثلاثة أيام [(٣)] ، ويرد الباقي .

الصورة الثانية :

أن يشتري الشخص واحدة من ثلاث سيارات بعد علمه بثمن كل واحدة منها على أن يعين له البائع إحداها في مدة لا تزيد على ثلاثة أيام ، ويرد الباقي .

ثالثا – شروط خيار التعيين [(٤)] :

لخيار التعيين عند الحنفية أربعة شروط [(١)] :

---

(١) هذا التعريف ينسجم مع مذهب الحنفية إلا أننا لو قلنا : حق يثبت لأحد المتبايعين في تعيين المبيع إلى أجل معلوم إذا شرط ذلك في العقد . لكان منسجما مع مذهب المالكية ؛ لأنهم لم يشترطوا تعيين مبيع من بين ثلاثة فما دونها . انظر الأصبحي : المدونة الكبرى ١٢٣/٧ .

(٢) ذكر ابن الهمام أن خيار التعيين يختص بالمشتري وحده ، ؛ لأن البائع لا حاجة له إليه ، لأن المبيع كان عنده وفي حوزته ، فيبقى البائع على القياس . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٢٢/٥ . **والصحيح** جواز اشتراطه للبائع كما يجوز اشتراطه للمشتري ؛ لأن المبيع ما دام في ملك المشتري لا يتأمل فيما يلائمه ، وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع ، وقد يحتاج أيضا إلى مشورة غيره . ثم إن البائع قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ، فيبيعه بهذا الشرط ، فتظهر حاجته إليه . انظر : ابن نجيم : البحر الرائق ٣٥/٦ ، الحصكفي : الدر المختار ٥٨/٤ ، ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ٥٨/٤-٥٩ .

(٣) الثلاثة أيام محل اتفاق بين الحنفية ، وفي مدة هذا الخيار فيما زاد على الثلاثة أيام خلاف عند الحنفية هو كالخلاف في مدة خيار الشرط.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٦/٥-١٥٧ ، المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣٥/٢ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٣٥/٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٢١/٥-٥٢٢ .

أولها : أن يكون الخيار بين اثنتين ، أو ثلاثة من السلعة المشتراة لا يتجاوزها ؛ لأنه شرع للحاجة ، فيكتفى بما يحققها ، والثلاثة كافية ؛ لأنها تشمل الجيد ، والرديء ، والوسط .

ثانيها : أن تكون السلع المخير فيها متفاوتة ؛ ليكون للتخيير معنى ، والتفاوت إنما يحصل في الأموال القيمية ، أو المثلية المختلفة الجنس .

ثالثها : أن تكون الأشياء المخير فيها معينة محددة الأثمان .

رابعها : أن تكون مدة الخيار معلومة ، والخلاف فيها كالخلاف في خيار الشرط [٢] . فإذا انقضت المدة دون أن يبتّ صاحب الخيار أجبر قضاء على ذلك .

رابعا- مذاهب الفقهاء في خيار التعيين :

اختلف الفقهاء في اشتراط خيار التعيين في عقد البيع على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه فساد هذا الخيار ، وأنه لا يصح اشتراطه ، وإليه ذهب : الشافعية [٣] ، والحنابلة [٤] ، وزفر من الحنفية [٥] .

المذهب الثاني :

---

[١] وهناك شرط مختلف فيه وهو : هل يشترط خيار الشرط مع خيار التعيين أو لا ؟ والصحيح أنه لا يشترط ابن نجيم : البحر الرائق ٣٦/٦ ، الحصكفي: الدر المختار : ٤/ ٥٩ .

[٢] فإن قيل : لماذا جازت الزيادة في الثلاثة في خيار التعيين عند أبي يوسف ، ولم تكن المدة كخيار النقد لا تجوز فيها الزيادة على ثلاثة أيام ؟ أجيب : بأن خيار النقد مبني على التعليق ؛ لأن المشترط يقول : " إن لم تنقدني الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا " ، فلا يلحق بخيار الشرط ، فيكون الأثر الوارد في خيار الشرط ليس واردا في خيار النقد ، أما خيار التعيين فإنه من جنس خيار الشرط ؛ لأن في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق ، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين . البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٢٢/٥ .

[٣] النووي : المجموع ٢٨٦/٩

[٤] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٩٥/٤

[٥] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣٥/٢ . **وتجدر الإشارة** إلى أن قولا قديما عند الشافعية حكاه المتولي يجيز خيار التعيين إذا كانت مدته ثلاثة أيام فما دونها ، وعلى أن يختارمن بين ثلاثة أشياء أو شيئين ، وقد ذكره الإمام النووي في المجموع وعلق عليه بقوله : " وهذا شاذ مردود ؛ لأنه غرر " النووي : المجموع ٢٨٦/٩ .

ويرى أصحابه صحة هذا الخيار ، وصحة اشـتراطه في عقد البيع ، وإليه ذهب : الحنفية [١] ، والمالكية [٢] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم صحة اشتراط خيار التعيين في عقد البيع بما يلي :

أولا- **القياس ، وبيانه :**

إن المعقود عليه مجهول ، جهالة مفضية إلى النزاع ؛ لتفاوته في نفسه ، لاختلاف أجزائه وقيمته ، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع [٣] .

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين :

الاعتراض الأول :

إن القول بجهالة المعقود عليه غير صحيح ؛ لأنه إذا شرط الخيار بقوله : على أن تأخذ أيها شـئت ، فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم لا مجهول [٤] .

الاعتراض الثاني :

لو سلمنا بوجود الجهالة ، فهي جهالة يسيرة لا تفضي إلى المنازعة ؛ لأنه من خلال الموافقة على هذا الشرط تم تفويض الأمر إلى اختيار المشترط ، يأخذ أو يعطي أيها شاء ، فمن اشترط الخيار لنفسه فقد استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فلا تقع المنازعة [٥] .

ثانيا- إذا اشترط تعيين واحد من أربعة أشياء فسد العقد باتفاق الحنفية ، فينبغي أن يفسد في أحد الشيئين والثلاثة ، كما يفسد في الأربعة ؛ لأن الجهالة موجودة في الجميع ، والتفريق بينها محض تحكم ، وهذا هو مقتضى القياس [٦] .

واعترض على هذا الاستدلال :

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٦/٥ ، المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣٥/٢

[٢] مالك : المدونة الكبرى ١٢٣/٧ ، الحطاب : مواهب الجليل ٤٢٣/٤-٤٢٥ .

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٦/٥ ، المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٣٥/٢ . ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٩٥/٤

[٤] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٧/٥ .

[٥] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٧/٥ ، و البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٢٢/٥

[٦] السرخسي : المبسوط ٥٥/١٣ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٩٥/٤ .

بأن هذا الخيار رخصة ، والرخصة شرعت للحاجة ، والحاجة تندفع بالشيئين والثلاثة ؛ لأنها تضم الجيد والرديء والوسط ، فلا تشرع الرخصة في الزائد ، ويبقى على أصل القياس [١] .

ثالثا- إن في خيار التعيين غررا دون حاجة ، فيفسد البيع به [٢] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن الحاجة إلى هذا النوع من الخيار متحققة ؛ لأن المشتري قد يشتري شيئا لعياله ، ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه إلى السوق لسبب أو لآخر ، وهو لا يدري ما الذي يعجب الأهل والعيال ، والبائع لا يسمح للمشتري أخذ البضاعة دون أن يعقد معه على أحدها . أو أنه يريد الشراء ولا يحسنه فيفتقر إلى مشورة من يحسنه ، ولا يتمكن من مشورته إلا بالحمل إليه [٣] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن الاختيار ممكن قبل العقد ، فلا حاجة إلى اشتراطه فيه [٤] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز اشتراط خيار التعيين بـ [٥]:

الاستحسان ، وبيانه :

إن خيار التعيين ملحق بخيار الشرط من حيث الجواز دلالة ، والجامع بينهما : الحاجة إلى دفع الغبن ، ولأن دفع الغبن يتحقق بهما ، اعتبر ورود الشـرع في خيار الشـرط ورودا في خيار التعيين [٦] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن خيار الشرط يغني عن خيار التعيين ، فالحاجة إليه غير متحققة [٧] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن الحاجة إليه متحققة ، ووجهها : أن مِن الناس من لا يحسن البيع والشراء ، فربما احتاج إلى اختيار من يثق به ممن يحسن البيع والشراء ، أو أنه يحتاج إلى اختيار من يشتريه لأجله ، والبائع

---

(١) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٢٢/٥ .
(٢) الشيرازي : المهذب ٢٦٣/١ .
(٣) البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٢١/٥ ، و ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٢١/٥ .
(٤) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٩٥/٤ .
(٥) لا يخفى أن الاستحسان هو دليل الحنفية ، ولم أجد دليل المالكية ، ولعله كدليل الحنفية .
(٦) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٦/٥ ، و ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٥٢١/٥
(٧) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٩٥/٤ .

لا يمكّنه من الحمل إلى المستشار أو المشترى له إلا بالبيع ، فيحتاج إلى أن يشتري بشرط خيار التعيين .

فإن قيل للحنفية : لماذا قصرتم الخيار على ثلاثة أشياء ؟

الجواب : إن الأشياء مقتصرة على الجيد والرديء والوسط ، فالحاجة تندفع بها ، أما ما زاد عليها فيرد إلى أصل القياس [١] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلون بصحة اشتراط خيار التعيين في عقد البيع ، وذلك لما يلي :

أولا- إن عمدة الأدلة عند القائلين بفساد هذا الخيار في عقد البيع هو : جهالة المبيع ، وقد مر معنا جواب الحنفية عنه ، بما يقطع بعدم صحته .

ثانيا- إن في تصحيح هذا الخيار إعمالا لروح النص ومعناه ، وبيانه : أن فقهاء المذاهب متفقون على صحة خيار الشرط للنص الوارد ، ولا يخفى أن حكم خيار الشرط إنما جاء – كما هو مفهوم من سبب ورود الحديث الشريف – لدفع الغبن عن النفس ، وإذا علمنا أن العلة تدور مع الحكم وجودا وعدما ، فإن وجدت وجد الحكم والعكس ، فإننا نرى أن هذه العلة متحققة في خيار التعيين ، فلا بد لها أن تأخذ حكمه ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى : لا يخفى أن قول النبي (صلى الله عليه وسلم) :" لا خلابة " المقصود منه دفع الغش والخداع ، وإن كان هذا الغش والخداع يندفع بخيار التعيين – وهو كذلك – فهو مشمول بالنص دلالة .

ثالثا- لا شك أن للناس حاجة متحققة لهذا الخيار ، وخاصة في هذا الزمان مع وجود الأصناف المختلفة من السلع ، والتي تتفاوت تفاوتا كبيرا ، سواء كانت هذه السلع من القماش أو من (الإلكترونيات) أو الكهربائيات أو الأخشاب أو غيرها . فالحاجة ماسة للتشاور والعرض ؛ لأن مجرد الوصف قد لا يكون كافيا ولا يحقق الطلب .

وإذا علمنا أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة بات من الضروري القول بصحة هذا الخيار .

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٥٦/٥ ، البابرتي : شرح العناية على الهداية ٥٢٢/٥-٥٢٣

أما بالنسبة لتحديد نطاق الخيار بالإثنين والثلاثة أشياء ، فلا أراه ملبيا لحاجات العصر ، وليس من المصلحة في شيء ؛ لأن السلع من الصنف الواحد أصبحت في زماننا تتفاوت تفاوتا كبيرا وعلى درجات مختلفة في الجودة والإتقان ، وذلك بسبب تطور الصناعة . ولعل ذلك هو السبب في إطلاق مجلة الأحكام العدلية جواز خيار التعيين دون تحديد نطاق السلع التي يختار من بينها ، وأيده العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا (رحمه الله تعالى) [١] . وإن كان التحديد بالإثنين والثلاثة مناسبا في الزمن السابق ، فليس كذلك في هذا الزمن ، وعليه فإن الإطلاق أنسب وأحسن كما هو عند المالكية ، وقواعد الحنفية لا تأباه ، فإن مراعاة مصالح الناس هي علة الحكم ، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما .

أما المدة فأرى فيها ما ذكرته في مدة خيار الشرط ، أن تكون بالاتفاق والتراضي ، كي يأخذ كل طرف وقته وحقه في النظر والسؤال ، وهذا ما اعتمد في مجلة الأحكام العدلية [٢] .

---

[١] مجلة الأحكام العدلية : المادة (٣١٦) ص ١٤١ ، و الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ٥٣ .

[٢] مجلة الأحكام العدلية : المادة (٣١٧) ص ١٤١ .

المبحث الثالث

خيار العيب ، وفيه : تمهيد ، ومطلبان :

المطلب الأول : إذا اشترى مستور العاقبة فوجد بعضه فاسدا .

المطلب الثاني : حكم الطعام بعد أكله ثم الاطلاع على عيب فيه .

المبحث الثالث- خيار العيب :

تمهيد :

أولا- تعريف خيار العيب :

هو حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيبا خفيا في محل العقد المعين بالتعيين ، لم يكن قد اطلع عليه عند التعاقد [١] .

إن البيع المطلق – وهو الذي لم يذكر فيه أن المبيع معيب أو سالم ، أو لم يشترط فيه البراءة من العيوب – يقتضي سلامة المبيع ، وخلوه من العيوب ، فإن ظهر عيب بالمبيع كان موجودا فيه قبل انتقاله إلى يد المشتري ، ولم يظهر من المشتري ما يدل على رضاه به ، فإن خيار العيب يثبت في هذه الصورة للمشتري ؛ لانعدام رضاه بالمبيع المعيب حيث كان عقده يقتضي سلامة هذا المبيع من العيوب ، ليتمكن من الانتفاع به الانتفاع التام ، وبفوات السلامة بوجود العيب ثبت للمشـتري شـرعا حرية إمضاء العقد أو فسـخه ؛ حماية لحقه ، وتداركا لما قد يلحقه من ضرر [٢] .

ثانيا- العيب الذي يثبت به هذا الخيار :

إن السبب في ثبوت هذا الخيار هو العيب الذي يفوت به الرضا ، فليس كل عيب يوجب هذا الخيار ، بل ما كان مفوتا للرضا [٣] ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذا العيب المفوت للرضا ، كما يلي :

إن العيـب المـوجـب للخيار :

عند الحنفية هو : " ما ينقص ثمن المبيع عند التجار ، وأرباب الخبرة "[٤] .

وعند المالكية هو : إما انعدام وصف مشـروط للمشـتري فيه غرض ، سـواء كان فيه مالية ، أم لا [١] .

---

[١] شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص٦٠٦ ، و شبير : المدخل إلى فقه المعـاملات الماليـة ص ٢٨٣ .

[٢] مجلة الأحكام العدلية : مادة (٣٣٦) ص ١٤٤ ، و شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٦٠٦ .

[٣] شلبي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٦٠٧ .

[٤] مجلة الأحكام العدلية : مادة (٣٣٨) ص ١٤٥ .

أو هو كل ما كانت العادة السـلامة منه مما ينقص الثمن ، أو المبيع ، أو التصرف ، أو يخاف عاقبته [٢] .

وعند الشافعية هو : " كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غاب في جنس المبيع عدمه " [٣] .

وعند الحنابلة هو : " النقيصة الموجبة لنقص المالية ، والمرجع في ذلك إلى العادة " [٤] .

ومن خلال ما تقدم نلحظ ما يلي :

أولا- اتفقت المذاهب على أن ما يسبب نقص المالية هو عيب .

ثانيا- إن العادة والعرف هما ضابطان مهمان في تقرير نقص المالية أو عدمها .

ثالثا- نجد عند المالكية والشافعية تداخلا بين خيار العيب وخيار الوصف خلافـا للحنفيـة الـذين ميزوا بينهما ، ولم يدخلوا أحدهما في الآخر ، وليس منبع هذا التداخل هو السهو أو الخطـأ بـل المنهج ، فمن قال بخيار الوصف ميز ، ومن لا فلا ، والتمييز بينهما يشير إلى الدقة في التقسيم .

رابعا- ما ينقص العين يعتبر عيبا عند الشافعية مطلقا ، وليس كذلك عند الحنفية [٥] .

ثالثا- شروط ثبوت الخيار بالعيب [٦] :

أولا- وجود العيب في محل العقد قبل أن يقبضه المشتري ، سواء كان وجود العيب قبل العقد أو بعده [٧] .

---

(١) ما فيه مالية من الأوصاف : هو ما يزيد الثمن عند وجوده وينقص عند عدمه .

(٢) الدردير : الشرح الكبير ٣/ ١٠٨ .

(٣) الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٢٨/٢ .

(٤) ابن قدامة (الموفق) المغني على مختصر الخرقي ١١٠/٤ .

(٥) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤/٦ ، والشربيني : مغني المحتاج ٤٢٨/٢ .

(٦) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢/٦ وما بعدها ، الدردير : الشرح الكبير ١٠٨/٣ ومـا بعـدها ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٢٥/٢ وما بعدها ، ابـن قدامـة (الموفـق) : المغني على مختصر الخرقي ١١٠/٤ وما بعدها .

(٧) وهذا قول الشيخين من الحنفية ، وهو ظاهر الرواية ، وعند محمد وزفر لا يدخل العيب الحادث بعـد العقـد وقبل القبض ، وقد ذهبت المجلة إلى اعتماد قول الشيخين ، وهو ما اعتمده شلبي أيضا ، خلافا للشيخ الزرقا الذي اعتمد القول الثاني . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٤٠/٦ ، مجلة الأحكام العدلية : مادة (

ثانيا- ألا يرضى المشتري بذلك العيب ، ويمكن أن نعرف رضاه من خلال حالتين :

الحالة الأولى : أن يعلم بوجود العيب وقت التعاقد ، فيمضي فيه .

الحالة الثانية : أن يتصرف في المعقود عليه تصرف المالك بعد علمه بوجود العيب .

ثالثا- بقاء ذلك العيب بعد القبض ، فإن زال قبل الحكم برده ، فلا رد .

رابعا- ألا يشترط البائع في العقد براءته من كل عيب يظهر في المعقود عليه ، وهذا عند **الحنفية** ، وهو قول عند الشافعية .

أما **المالكية** فشرط البراءة عندهم باطل والعقد صحيح ، فإذا شرطت البراءة ، ثم ظهر في المعقود عليه عيب ، كان للمشتري رد المعقود عليه ؛ لبطلان الشرط .

واستثنوا من ذلك بيع الرقيق إذا كان من الحاكم ، أو الوارث ، أوغيرهما بشرطين :

الشرط الأول : أن يتبرأ من عيب لم يعلم به .

الشرط الثاني : أن تطول إقامته عند بائعه بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر له ، وقدرت هذه المدة بستة أشهر .

والشرط الأول يعم الجميع ، أما الشرط الثاني فيختص بغير الحاكم والوارث [١] .

أما **الشافعية** فشرط البراءة لا يصح إلا إن اشترط من عيب باطن في الحيوان لم يعلمه البائع [٢]. فشروط صحة البراءة عند الشافعية ثلاثة :

الشرط الأول : أن تكون البراءة من عيب باطن ، وهو ما لايطلع عليه عادة .

الشرط الثاني : أن يكون هذا الشرط في الحيوان خاصة دون غيره .

---

٣٤٠) ص ١٤٥ ، الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٣٦ ، شلبي : المدخل ، ص ٦٠٨ .

[١] الدردير : الشرح الكبير ١١٨/٣ ، والدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١١٩/٣ . وقد أطلق شلبي عدم صحة هذا الشرط عند المالكية ، ولم يفصل ، ولعل ذلك لأن ذكر الرقيق لا فائدة منه في هذا الزمن . شلبي ص ٦٠٩ ، أما شبير فقد ذكر أن مذهب المالكية التفصيل فإذا كان البائع يعلم بالعيب فلا يصح الشرط ، والعكس صحيح ، شبير : المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٢٨٥ . وهذا الكلام غير دقيق لسببين :

السبب الأول : أن المالكية نصوا على أن غير الرقيق لا تنفع فيه البراءة مطلقا ، فيجب أن يحصر التفصيل السابق ويقيد بكونه في الرقيق فقط .

السبب الثاني : لم يذكر الشرط الثاني وهو طول الإقامة .

[٢] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٣٠/٢ . نجد د. شبير يطلق عدم صحة هذا الشرط عند الشافعية ، وقد بين ما فيه . شبير : المدخل إلى فقه المعاملات المالية ص ٢٨٥ .

الشرط الثالث : ألا يكون البائع عالما بهذا العيب الباطن في الحيوان .

أما **الحنابلة** : فعن الإمام أحمد روايتان في البراءة من العيب :

الرواية الأولى : لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب .

الرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب يعلمه .

أما ما ذكر في (مختصر الخرقي) فإنه لا يبرأ مطلقا سواء علم به البائع ، أو لم يعلم .

وإن اعتمد عدم صحة شرط البراءة من العيوب ، فهل يفسد العقد به ، أو لا ؟

ظاهر المذهب أن العقد لايفسد ، وفي رواية عن الإمام أحمد أن الشرط الفاسد يفسد العقد [1] .

---

[1] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١٢٩/٤ .

المطلب الأول- إذا اشترى مستور العاقبة ، فوجد بعضه فاسدا :

قد يشتري شخص سلعة لا يطلع على عيب فيها إلا إن أحدث فيها عيبا وذلك : كالبيض ، والبطيخ ، والجوز ، واللوز ، والقثاء ، وغيرها ، فإن اشترى الشخص كمية من واحدة من هـذه السـلع فوجد بعضها معيبا ، كأن كسر البيض فوجد بعضه مذرا ، أوقور البطيخ فوجـد بعضـه مـرا ، أوكسر الجوز فوجد بعضه فاسدا ، فهل يجوز البيع ، أم لا ؟ وهل يرد المشتري الفاسـد بالعيـب الذي اطلع عليه ، أو يأخذ نقصانه ، أو لا شيء له ؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسـألة علـى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه صحة البيع ، ولا يرجع المشتري على البائع بشيء ، وإليه ذهب الحنفية (في الجوز وما شابهه) [1] ، و المالكية ، إلا أنهم ذكروا أن المشتري له حق الرد في حالتين :

الحالة الأولى : أن يشترط المشتري الرد ، والحالة الثانية : وجود عرف بالرد [2] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه أن البيع صحيح ، لكن البائع يرجع بقسـط الفاسـد من الثمن (حصته من الثمن): فإن كان الفاسـد النصف ، رجع بنصف الثمن ، وإن كان الربع ، رجع بربعه ، وهكذا ، وإليه ذهب الحنفية (في البطيخ والرمان والسفرجل وما شابهها) [3] ، و الحنابلة [4].

المذهب الثالث :

ويرى أصحابه أن البيع غير صحيح ، وأن السلعة المشتراة تعاد بالكامل ، وهو مذهب المالكية (في البيض فقط) [5] ، وهو مذهب الشافعية في البطيخ والبيض [6].

---

[1] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢-٤٣

[2] الدردير : الشرح الكبير ١١٣/٣ ، والبيض خارج عن هذا الحكم عند الإمام مالك .

[3] ابن نجيم : البحر الرائق ٦٠/٦

[4] البهوتي : كشاف القناع ٥٥/٣

[5] مالك : المدونة الكبرى ٣٥/٨

[6] الهيتمي : ابن حجر ، تحفة المحتاج ٥/٤ ، الدمياطي : السيد البكري بن السيد محمد شطا : إعانة الطـالبين ٣٦/٣ . ولم أجد نصا في المسألة عند الشافعية في القليل الفاسد إلا ما ذكره ابن حجر في تحفته ، ونصـه :" ولو اشترى نحو بيض أو بطيخ كثير ، فكسر واحدة فوجدها معيبة = =لم يتجاوزها ؛ لثبـوت مقتضـى رد

تنبيهات :

أولا- مذهب الحنفية أن البعض الفاسد الذي يصح معه العقد هو ما كان قليلا في الجوز وما شابهه ، واختلفوا في نسبة القليل ، فقيل :

إن هذا القليل نسبته اثنان في المائة فما دونها [١] ، و قيل : ثلاثة في المائة فما دونها [٢] ، وقيل : ستة في المائة فما دونها [٣] . والذي يظهر لي أن هذا الخلاف في تحديد نسبة القليل راجع للعرف ؛ لأنه لا نص فيه .

ثانيا- إذا تجاوز الفاسد نسبة قد اتفق على أنها تمثل القليل فإن الحكم عند أبي حنيفة أن البيع غير صحيح ، وأن المشتري يرجع بكل الثمن ، وعند الصاحبين : يصح العقد في الصحيح ، ويرجع المشتري بحصة الفاسد من الثمن ، وهو الأصح [٤] .

ثالثا- إن الحكم السابق عند المالكية لا يشمل القليل فقط ، بل يشمل كامل المبيع ولو كان فاسدا أو معيبا ، وهو المنصوص عليه في كتبهم فيما كان مستور العاقبة [٥] .

رابعا- مذهب الحنفية فيمن اشترى عددا من البطيخ أو الرمان أو السفرجل ، فكسر واحدا مما اشتراه ، فوجده معيبا ، رجع بحصته من الثمن لا غير ، ولا يرد الباقي إلا أن يبرهن أن الباقي فاسد ، لأنه لا يكتفى بمجرد القياس على الفاسد [٦] .

أدلة المذاهب :

الكل بذلك " . من أجل هذا ذكرت أنه مذهبهم في البيض و البطيخ ، وهل الجوز في هذا كالبيض والبطيخ ؟ لم أجد نصا فيهما عندهم .

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٣/٢ .

[٢] ابن نجيم : البحر الرائق ٦٠/٦ .

[٣] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ١٨/٦-١٩ ، وقد نسب ابن الهمام هذا التقدير لأبي الليث السمرقندي .

[٤] ابن نجيم البحر الرائق ٦٠/٦ ، الحصكفي : الدر المختار ٨٥/٤ .

[٥] مالك : المدونة الكبرى ٣٣٩/١٠-٣٤٠ ، و الدردير : الشرح الكبير ١١٣/٣ . وفي غير مستور العاقبة إن كان العيب قليلا ، جاء ما نصه : ولا كلام لواجد عيبا في مثلي من مكيل وموزون ومعدود قليل عيبه ، بأن لا يزيد على المعتاد ، ولا ينفك عنه المثلي ... " . الدردير : الشرح الكبير ١٤٩/٣ .

[٦] ابن نجيم : البحر الرائق ٦٠/٦ .

استدل أصحاب المذهب الأول على صحة البيع ، وأنه لا شيء على البائع بما يلي :

أولا- الاستحسان ، **وبيانه :**

أن ما كان مبيعا من هذه الأصناف لا يخلو عادة عن قليل فاسد ، و لا يخفى أن في تصحيح هذا البيع مع هذا القليل الفاسد الذي لا يخلو المبيع عنه عادة ضرورة ظاهرة (١) .

والقياس المعدول عنه هنا هو : فساد البيع ، ورجوع المشتري بكل الثمن ؛ لأنه جمع بين مال وغيره(أي بين ما يباع وله قيمة ، وما ليس كذلك) ، فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ، وهذا يبطل العقد (٢) .

ثانيا – القياس ، **وبيانه :**

إن الحنطة والشعير وما شاكلهما تباع ولا تخلوعن قليل التراب ، وقليل التـراب يعفـى عنـه ، لصعوبة خلو الحنطة والشعير منه ، فكذلك ما كان مستور العاقبة ، يعفى عن فاسده إذا كان قليلا ؛ لعدم خلوه منه ، ثم إن المشتري في المسألتين لا يرجع بشيء (٣) .

ثالثا- إن العيب في هذه الأشياء باطن ، ولا يتمكن البائع من معرفته ، فانتفى التدليس عنه ، فلا يتحمل مسئولية المبيع ، بعد أن يقبضه المشتري ، ويطلع على عيبه بعد إحداث تغيير في ذات المبيع إلا إن اشترط الرد أو كان في الرد عرف ؛ لأنه كالشرط **(٤)**.

واستدل أصحاب المذهب الثاني على صحة البيع ، وأن المشتري يرجع بحصة الفاسد من الثمن بما يلي :

أن المعيب مستحق الرد ، ولا ضرر فيه على البائع ، فجاز قياسا على رد الجميع ، لأنه لو وجـد الجميع معيبا رده .

فالعقد يصح في الصحيح ، وفي الفاسد والمعيب يرجع المشتري بحصته من الثمن ؛ لإمكان رده دون ضرر يعود على البائع (٥) .

---

(١) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٣/٢ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ١٩/٦ .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ٥٩/٦ . وهذا القياس هو حكم ما لو كان الفاسد كثيرا عند الإمام ، وعندهما يرجـع بحصة الفاسد ، ويجوز البيع في حصة الصحيح .

(٣) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ١٨/٦ –١٩ .

(٤) الأصبحي : المدونة الكبرى ٣٤٠/١٠ ، الدردير : الشرح الكبير ١١٣/٣ .

(٥) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٤/٢ - ٤٥ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١١٦/٤

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن فيه تفريق الصفقة على البائع ، وهذا لا يخلو من إضرار به ؛ لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الرديء ؛ لترويج الرديء ، فإن ألزم البائع بأخذ المعيب تحمل الضرر وحده ، لذلك كان على المشـتري أن يأخذ الكلّ ، أو يذر الكل ، قياسا على من وجد العيب قبل القبض بجامع دفع الضرر .

أو قياسـا على خيار الرؤية ، أو خيار الشـرط في : أن الصفقة لا تتم إذا كان فيها أحد هذين الخيارين [١] .

وأجيب عن هذا الاعتراض :

بأن في حكم هذه المسألة تفريق الصفقة لكن بعد التمام ؛ لأن الصفقة تتم بالقبض في خيار العيب ، أما في خيار الرؤية والشرط لا تتم بالقبض .

وتفريق الصفقة بعد التمام جائز شرعا ؛ لأنه لو باع عبدين فاستُحِق أحدهما بعد القبض ، ليس له أن يرد الآخر ، بل يرجع بحصة المستَحق على البائع [٢] .

واستدل أصحاب المذهب الثالث على فساد هذا البيع ، وأن المشتري يرد المبيع كاملا بما يلي :

أولا- إن معرفة فساد البيض أمر ظاهر ، يعرف دون حاجة إلى كسره ، فليس بباطن ، وعليه فإن الفساد لا يخفى على البائع ، فإذا باعه فتبين المشـتري فسـاده أعاده ؛ لأن البائع كأنه دلس العيب [٣] .

ثانيا- إن المشـتري اطلع على عيب فيما اشتراه ، وهذا يقتضي رد الكل بذلك ؛ لامتناع رد البعض فقط ؛ لأن فيه تفريق الصفقة على البائع دون ضرورة [٤] .

---

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٤/٢-٤٥ . وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير٣٠/٦ وفيه : إن هذا الاعتراض لزفر . ثم إن التفريق في القبض كالتفريق في العقد ؛ لأن للقبض شبها بالعقد ، من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد ، كما أن العقد يثبت ملك الرقبة ، والغرض من ملك الرقبة هو ملك التصرف وملك اليد . ومثال تفرق الصفقة في العقد : لو قال البائع : بعتك هاتين السيارتين ، فقال المشتري : قبلت أحدهما . وهذا لا يصح .

[٢] البابرتي : شرح العناية على الهداية ٣٠/٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٣٠/٦ - ٣١

[٣] الأصبحي : المدونة الكبرى ٣٤٠/١٠

[٤] الهيتمي : تحفة المحتاج ، الدمياطي : إعانة الطالبين ٣٦/٣ ، والشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معـاني ألفاظ المنهاج ٤٤٤/٢ .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، و ما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الأدلة ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول الذين قالوا إن البيع صحيح ، ولا يرجع المشتري على البائع بشيء ، لكن وفق التفصيل الآتي :

أولا- إذا كان الفساد في الجوز وما شابهه ، فإن الفساد اليسير عفو ، ونسبة الفساد تحدد بالعرف ، أو الاشتراط ، وإن تجاوز الفساد هذه النسبة نظرنا إلى ما اتفق عليه البيعان : فإما الرجوع بحصة الفاسد أو إعادة البضاعة كاملة ، وإرجاع الثمن كاملا .

ثانيا- إذا كان الفساد في البطيخ وما شابهه ، فلا يرجع المشتري على البائع بشيء ، سواء كان الفساد في بطيخة أو أكثر إلا أن يكون هناك عرف يحكم أو شرط يلتزم به .

وسبب هذا الترجيح ما يلي :

أولا- مراعاة حاجة الناس ؛ لأن ما كان مستور العاقبة لا يخلو عادة من فساد في بعضه ، فإن كان من حجم صغير تراعى نسبة الفاسد ؛ لأن الفاسد فيه أكثر من الكبير عادة ، لأن كميته أكبر وإن كان الوزن متحدا مع الكبير ، ومثال ذلك : لو اشترى إنسان بطيخة تزن ستة (كيلو غرام) ، واشترى بنفس الوزن جوزا ، فإن البطيخة إما صالحة أو معيبة وهذا أمر لا يخفى على البائع والمشتري ، لذلك إن لم يكن في الأمر عرف ، فالمشتري يملك حق الاشتراط ، وعدم اشتراطه في حال غياب العرف تفريط منه . أما الجوز فإن كان صحيحا فلا يخلو عادة من قليل فاسد .

أما في حال البطيخة فننظر : إن اشترط المشتري الرد أو كان في الرد عرف ردها ؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بها ، خاصة في زماننا لسكان المدن خلافا لبعض سكان القرى حيث يتمكنون من إطعامها لبهائمهم .

أما الجوز فهذا القليل وإن كان لا ينتفع به ، لكن الكثير منتفع به بخلاف البطيخة الواحدة ، فإن تجاوز الفاسد النسبة المعروفة بأنها يتساهل فيها كان له حق التعويض .

فإن حكم بالرد مطلقا فإن أحدا لن يبيع أو يشتري كي لا يتكدس عنده الفاسد ويخسر في تجارته ، لذلك تراعى حاجة الناس للبيع والشراء ، وأن الفاسد لا يعود إلا إن جاوز نسبة معينة بما كان صغير الحجم ، وفي كبيره لا يرد إلا بالعرف أو بالشرط .

ثانيا- تحقيق الموازنة بيع البائع والمشتري ؛ فإن البائع يستوي مع المشتري بعدم علمه بما بداخل مستور العاقبة ؛ لذلك كان في العرف أو الشرط محافظة على حق المشتري بالإرجاع ، كما حوفظ على حق البائع بعدم الإرجاع إذا لم يكن هناك عرف أو شرط .

المطلب الثاني- إذا أكل المشتري الطعام ثم اطلع على عيب فيه :

إذا أكل المشتري الطعام ثم اطلع على عيب فيه [١] ، **مثاله :** إذا اشترى سمنا ذائبا وأكله ، ثم أقر البائع أنه كانت وقعت فيه فأرة [٢] ، فهل يرجع المشتري بنقصان العيب ، أم لا ؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه أن المشتري يرجع بأرش العيب ، وإليه ذهب : المالكية [٣] ، والشافعية [٤] ، والحنابلة [٥] ، و صاحبا أبي حنيفة (أبو يوسف القاضي ، ومحمد بن الحسن) [٦] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه أن المشتري لا يرجع بشيء على البائع ، وهو قول الإمام أبي حنيفة [٧] .

وسبب الخلاف في هذه المسألة :

---

[١] المراد أن المبيع قد أتلف من قبل المشتري ، فهل يكون ذلك مانعا من الرجوع بالنقصان أو لا ؟

[٢] ابن نجيم : البحر الرائق ٥٩/٦ .

[٣] المواق : التاج والإكليل ٤٤٤/٤ ، و الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٤/٣

[٤] الشيرازي : المهذب ٢٨٦/١ ، و الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٣٣/٢

[٥] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١١٨/٤ ، و البهوتي : الـروض المربـع شـرح زاد المستقنع ص ٢٥٤

[٦] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، و ابن نجيم : البحر الرائق ٥٨/٦ .

الرجوع بالنقصان عند الصاحبين قيل : إنه قياس (وهو ما في الهداية والعناية والفتح والتبيـين) ويكـون قـول الإمام استحسان ، وقيل : إنه استحسان ويكون قول الإمام قياس (وهو ما ذكره في الاختيار ، وتبعـه فـي البحر ، ومشى عليه في الدر) قال ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار :" والحاصل : أنهمـا قـولان مصححان – يعني قول الإمام ، وقول الصاحبين – ولكن صححوا قولهما بأن عليه الفتوى ، ولفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ، ولا سيما هو أرفق بالناس كما يأتي ، فلذا اختاره المصنف في متنه ، وهذا في الأكل أمـا البيع ونحوه فلا رجوع فيه إجماعا كما علمت " . ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الـدر المختـار ٤/ ٨٣-٨٤ .

[٧] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، و ابن نجيم : البحر الرائق ٥٨/٦ .

أن الجمهور لم يفرقوا في هلاك المبيع بين أن يكون بسبب سماوي أو باستهلاك المشتري فقد جعلوا الأرش في الحالتين ، أما أبو حنيفة فقد فرق بينهما فجعل الأرش في الأول دون الثاني[1].

تنبيهان :

أولا- أكل البعض كأكل الكل عند الحنفية ؛ لأن الطعام كشيء واحد [2] .

ثانيا- لو أكل بعض الطعام ثم اطلع على عيب ، فأراد أن يرد الباقي له ذلك عند المالكية لكن عليه حصة المأكول من الثمن [3] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على رجوع المشتري بأرش العيب بما يلي :

أولا- القياس ، وبيانه :

إن المشتري صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ، ويعتاد فعله ، فالمقصود من شراء الأكل تناوله ، وهو المعتاد فعله ، فتقاس هذه المسألة على مسألة إعتاق العبد ، وبيانها :

---

(1) العيساوي : إسماعيل كاظم ، أحكام العيب في الفقه الإسلامي ، ط١ ، ١م ، دار عمار ودار البيـارق عمـان ١٩٩٨م ص ٤٢٠ .

(2) ابن نجيم : البحر الرائق ٥٨/٦ ، حاصل المسألة : أن أكل البعض كأكل الكل عند الإمام أبي حنيفة ، أما الصاحبان فقد جاء في أكل البعض عنهما روايتان :

الأولى : يرجع بنقصان الكل ، ولا يرد الباقي .

والثانية : يرجع بنقصان ما أكل فقط ، ويرد ما بقي .

قال ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار : " وأنت خبير بأنه ليس في هذا ما يفيد أن إحدى هاتين الروايتين قياس والأخرى استحسان ، كما فهمه الشارح ، بل كل منهما قياس على ما في الهداية ، والاستحسان قول الإمام بعـدم الرجوع بشيء أصلا . وكل منهما استحسان على ما في الاختيار ، والقياس قـول الإمـام المـذكور فتنبـه " .

ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٨٤/٤ .

(3) القرافي : الذخيرة ٧١/٥ .

أنه لو اشترى عبدا فأعتقه ثم اطلع على عيب فيه رجع بالنقصان ؛ لأن العتق إنهاء للملك ، وامتناع الرد من جهة الشرع ؛ لأن الملك إنما يثبت في الآدمي مؤقتا إلى وقت العتق ، والمنتهي متقرر ، فصار كالموت ، فتعذر الرد ، وتعين أخذ النقصان [١] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأنه لا حجة في كون الفعل الصادرعن المشتري مقصودا أو معتادا ؛ لأن البيع مقصود بالشراء ، ومع ذلك يمنع الرجوع [٢] .

ثانيا- إن الأصل إذا وجد المشتري في المبيع عيبا فإن له حق الرد بالعيب ، والرد في هذه المسألة متعذر ؛ لفوات المبيع ، فيتعين الأرش [٣] .

ثالثا- إن مبنى العقد على التراضي ، والمشتري لم يرض بهذا العيب ، ولم يستدرك ظلامته فيه ، فكان له الأرش [٤] .

واستدل أبو حنيفة على عدم رجوع المشتري بشيء على البائع بـ :

الاستحسان ، وبيانه :

إن الرد قد تعذر بسبب فعل مضمون من المشتري في المبيع ، فقد أتلف الطعام بفعل مضمون منه لو وجد في ملك غيره ، لكن الضمان قد سقط عنه بسبب ملكه للمبيع ، فكان كالمستفيد عوضا ، فلا يرجع ، فتقاس هذه المسألة على قتل المشتري العبد المشترى [٥] .

وبيان المقيس عليه :

إن المشتري إذا قتل العبد المشترى ثم اطلع على عيب فيه ، كان قتله مانعا من رجوعه بالنقصان ؛ لأنه أتلف المبيع بفعل مضمون منه ، فصار كأنه وصل إليه عوضه معنى ، وهو سقوط

---

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، وابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٥٣/١ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٥٨/٦ ، ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١١٨/٤ .

[٢] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، وابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ١/ ٢٥٣ .

[٣] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤٣٣/٢ ، البهوتي : الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٢٥٤ .

[٤] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ١١٨/٤ .

[٥] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٥٣/١ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٥٨/٦ . وتجدر الإشارة أن جعل الاستحسان قولا للإمام أبي حنيفة هو ما ذكر في الهداية خلافا للاختيار .

الضمان عنه [١] .

واعترض على هذا الاستدلال :

بأن قطع الثوب وخياطته موجبان للضمان في ملك الغير ، مع أن له أن يرجع بالنقصان فيهما [٢].

وأجيب عن هذا الاعتراض :

"بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع بخلاف مسألتنا حيث امتنع الرد لفعل المشتري لا لحق الشرع ، وهذا يتم في الخياطة للزيادة ، أما في مجرد القطع فلا يتم ، ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ، ومصبوغا بغير السواد" [٣] .

الترجيح :

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، وما اعترض به على بعض هذه الاستدلالات ، وما أجيب به عن بعض هذه الاعتراضات ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من أن المشتري يرجع بالنقصان ، وذلك لما يلي :

أولا- إن تصرف المشتري في المبيع تصرف طبيعي معتاد قبل اطلاعه علىالعيب لا بعده ، فإن هلك في هذا التصرف بأن كان طعاما فأكله ، فهو تصرف في خالص ملكه ، فعند ظهور العيب وعدم رضى المشتري به يثبت له حق الرد [٤] ، ولما كان الرد متعذرا ، فلا بد من أخذ الأرش تعويضا للمشتري عن العيب الذي كان موجودا في المبيع ، وبهذا يتحقق الرضا منه بالصفقة التي أساسها التراضي .

ثانيا- إذا أجزنا عدم الرجوع فهذا يعني أننا نجيز أن يباع المعيب بسعر السليم ، وفي هذا من الظلم والغبن ما فيه ، فبالرجوع يحفظ المشتري من الغبن ، ويحمى من الظلم .

ثالثا- إن أخذ الأرش أرفق بالناس ، وأوفق لهم ، وفيه قطع لمنازعتهم التجار ، وتحقيق للموازنة بين البائع الذي أخذ ثمن السليم ، وللمشتري الذي استرد حقه ، ولا أرى مانعا من كونه استحسانا وجهه : حاجة الناس .

---

[١] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٤٢/٢ ، الموصلي : الاختيار لتعليل المختار ٢٥٣/١ .

[٢] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٦/ ١٧ .

[٣] المصدر السابق نفسه .

[٤] انظر ص ١٢٦ .

الفصل الرابع

تطبيقات الاستحسان في بعض عقود البيع الخاصة عند الحنفية ،

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : عقد السلم .

المبحث الثاني : عقد الاستصناع .

المبحث الثالث : عقد بيع الوفاء .

المبحث الأول

عقد السلم ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف عقد السلم ، ومشروعيته .

المطلب الثاني : هل يجب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إذا كـان عينا ؟

المطلب الثالث : مقاصة رأس مال السلم بدين آخر .

المبحث الأول- عقد السلم :

المطلب الأول : تعريف عقد السلم ومشروعيته :

أولا- تعريف عقد السلم :

إن السلم **في اللغة** كالسلف وزنا ومعنى [١] .

وسمي سلما : لتسليم رأس المال في المجلس ، وسلفا ؛ لتقدمه [٢] .

والسلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق [٣] .

أما **في الاصطلاح** فإن تعريفات المذاهب الأربعة لعقد السـلم تكاد تكون متفقة ، وذلك كما يلي :

تعريف الحنفية :

هو بيع مؤجل بمعجل [٤] .

تعريف المالكية :

هو بيع يتقدم فيه رأس المال ، ويتأخر المثمن لأجل [٥] .

تعريف الشافعية :

بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا [٦].

تعريف الحنابلة :

عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد [٧] .

ويتبين لنا مما تقدم أن أصحاب المذاهب اتفقوا على أن عقد السلم هو عقد بيع يعجل فيه تسـليم الثمن ، ويؤخر فيه تسليم المثمن .

---

[١] الفيومي : أحمد بن محمد (ت: ٧٧٠هـ) المصباح المنير ، مكتبة لبنان ، بيـروت ، ١٩٩٠ م ، ص ١٠٩ باب (س ل م) .

[٢] البهوتي : كشاف القناع ٢٨٨/٣ .

[٣] المصدر السابق نفسه .

[٤] مجلة الأحكام العدلية مادة (١٢٣) ص ١٠٢ .

[٥] الدردير : الشرح الكبير ٣/ ١٩٥ .

[٦] النووي : روضة الطالبين ٣/٤ .

[٧] البهوتي : كشاف القناع ٢٨٨/٣-٢٨٩ .

ثانيا- مشروعية عقد السلم :

إن عقد السلم قد ثبت بالكتاب والسنة والإجماع ، فمشروعيته لا مراء فيها بين أهل المذاهب :

أما الكتاب :

فقوله تعالى : " ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... " [١] الآية .

والدين : " كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا ، والآخر في الذمة نسيئة " [٢] .

يقول ابن عباس (رضي الله عنهما) : " أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون ، وأنزل فيه أطول آية في كتابه " وتلا الآية السابقة [٣] .

وأما السنة :

فما رواه ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال : قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث ، فقال : " من أسلف في شيء : ففي كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم " [٤] .

وأما الإجماع :

فقد نقل ابن المنذر وابن قدامة المقدسي الإجماع على جواز عقد السلم [٥] .

ولا يخفى أن مشروعيته عند الجمهور ثبتت بالنص ابتداء ، بينما نجد أن الحنفية يصرحون بأنه ثبت استحسانا على خلاف القياس .

ووجه الاستحسان ما تقدم من أدلة مشروعيته ، أما **وجه القياس المعدول عنه فهو :** أن المسلم فيه (المبيع) معدوم ، ؛ و قد نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع ما ليس عند الإنسان ، فإذا كان بيع الموجود غير المملوك ، أو المملوك غير مقدور التسليم ممنوعا ، فبيع المعدوم أولى بالمنع [٦] .

---

[١] سورة البقرة / ٢٨٢

[٢] القرطبي : محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن ،١٠م ، دار عالم الكتب ، الرياض ٢٠٠٣م ، ٣٧٧/٢

[٣] الحاكم : المستدرك على الصحيحين ، رقم (٣١٣٠) ٣١٤/٢ ، وقال فيه : " صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه " . ومعنى السلف المضمون : المؤجل . ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٠٥/٦ .

[٤] البخاري : صحيح البخاري ، كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم ٢٩١/٤

[٥] ابن قدامة (الموفق) المغني على مختصر الخرقي ٣٣٨/٤ ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٧٨/٢

[٦] الكرلاني : الكفاية على الهداية ٢٠٤/٦ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٢/٦ .

وتصريح الحنفية أن عقد السلم قد ثبت استحسانا إنما هو منهج لهم ، حيث عمموا علة النهي عن بيع المعدوم ، وأثبتوا النهي في كل صورة وجدت فيها هذه العلة ، وسموا هذا النهي قياسا .

حتى إذا اصطدم النص وعلته بنص آخر مجيز لعلة أخرى راعاها الشارع ، استثنوا صورة الجواز من أصل المنع (القياس) وسموه استحسانا ؛ لأنه يتبين لهم أن النص المانع لا يشمل الصورة التي جاء الشارع بتجويزها [1].

ثم إن النص الذي جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه غيره ؛ لأن من شروط القياس ألا يكون معدولا بالأصل عن سنن القياس ، ولكن ما كانت علته مفهومة وواضحة جاز القياس عليه ، وإن كان معدولا به عن سنن القياس .

اعتراض :

اعترض بعض من نقل الهداية على قول الحنفية :" السلم على خلاف القياس ؛ لأنه بيع المعدوم " ، ورأى أنه على وفق القياس ؛ لأن السلم يقاس على الابتياع بثمن مؤجل ، وهذا أصح من قياسه على بيع المعدوم [2] .

والجواب :

أجيب عن الاعتراض السابق بأن السلم على خلاف القياس ؛ لأنه هو نفسه بيع للمعدوم ، فهو على خلاف القياس الأصلي ، لا أنه قيس على بيع المعدوم كما توهم [3] .

---

(1) انظر ص ١٢و١٥ .

(2) نقل ابن الهمام هذا الاعتراض ، انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٠٦/٦ .

(3) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٠٦/٦ .

المطلب الثاني- هل يجب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إذا كان عينا ؟

اتفق الفقهاء على أن رأس مال السلم يقبض قبل المسلم فيه ، سواء كان دينا ، أم عينا .

فإذا كان رأس مال السلم عينا ، فهل يجب قبضه في المجلس أم لا ؟ اختلف الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه عدم جواز تأخير قبض رأس مال السلم عن مجلس العقد مطلقا (عينا ودينا) وإلا فسد العقد ، وهو ما ذهب إليه : الحنفية [١] ، والشافعية [٢] ، والحنابلة [٣] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه جواز تأخير قبض رأس مال السلم مطلقا(عينا ودينا) عن مجلس العقد مدة لا تزيد على ثلاثة أيام ، وهو مشهور مذهب المالكية [٤] .

سبب الخلاف :

إن سبب الخلاف بين المذهبين السابقين أمران [٥] :

الأمر الأول :

هل يسمى رأس مال السلم إذا تأخر قبضه عن مجلس العقد دينا أم لا ؟

الأمر الثاني :

هل ما قارب الشيء يعطى حكمه أم لا ؟

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم جواز تأخير قبض رأس مال السلم إذا كان عينا بما يلي :

أولا- الاستحسان ، وبيانه من ثلاثة وجوه :

---

[١] االكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/ ٢٠٣ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٢٧/٦

[٢] الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤/٣

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢١١/٤ .

[٤] القرافي : الذخيرة ٥/ ٢٣٠ ، وفيه :" والزائد على الثلاث بالشرط مفسد للعقد ، وبغير الشـرط ففـي الفسـاد قولان" ، و المواق : التاج والإكليل ٥١٤/٤ ، والدردير: الشرح الكبير ٣/ ١٩٥ .

[٥] القرافي : الذخيرة ٢٣٠/٥ .

الوجه الأول : إن رأس مال السلم يكون في الغالب دينا في الذمة ، ولا يكون عينا إلا نادرا ، والنادر حكمه حكم الغالب ، فتلحق العين بالدين كما هو الأصل في الشرع ، حيث يتم إلحاق المفرد بالجملة .

وإذا ثبت هذا فيكون الافتراق دون قبض لرأس مال السلم افتراقا عن دين بدين ، وهو منهي عنه[١].

ثم إن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب فصلا بين الدين والعين في كونهما رأس مال السلم [٢] .

الوجه الثاني : إن في اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد إعمالا لمقتضى الاسم الشرعي للإسلام والإسلاف في الشيء ؛ لأنهما ينبئان عن تعجيل المسلم دون المسلم فيه ، فهما مصطلحان شرعيان معناهما : بيع مؤجل بمعجل ، فيلزم التعجيل برأس المال ، ووجه التعجيل أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد [٣] .

الوجه الثالث : إن هذا العقد وضع في الأصل لدفع حاجة المسلم إليه لإفلاسه ، فلا بد من قبضه لرأس مال السلم كي يتمكن من تقليبه ، وتحصيل المسلم فيه خلال الأجل المسمى [٤] .

ثانيا- إن في عقد السلم غررا ، وهو بيع المعدوم ، لكنه رخص فيه شرعا للحاجة ، فلا يضم إليه غرر آخر ، وهو تأخير تسليم رأس مال السلم [٥] .

ثالثا- إن عقد السلم عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق ، فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض قياسا على الصرف [١] .

---

(١) يروي الفقهاء في هذا الباب : نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين بالدين) ، رواه الدار قطني : سنن الدارقطني رقم(٢٧٠) ٧٢/٣ ، قال الشافعي :" أهل الحديث يوهنون هذا الحديث " ، و قال أحمد ابن حنبل : "ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين " ابن حجـر : تلخـيص الحبير ٣ /٢٩.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٣/٥ .

(٣) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٢/٢ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٢٧/٦ .

(٤) المصدران السابقان نفسهما .

(٥) الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٤/٣ .

واعترض على هذا الاستدلال :

"بأن البابين مختلفان بأخص أوصافهما ؛ فإن الصرف بابه ضيق وكثرت فيه الشروط ، بخلاف السلم فإن شوائب المعاملات عليه أكثر" (٢) .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على جواز تأخير قبض رأس مال السلم إذا كان عينا بما يلي :

أولا- القياس ، وبيانه :

إن اشـ ـتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن بيع دين بدين ، و العين غير الدين ، فالعين لا تثبت في الذمة بخلاف الدين ، فعدم قبض العين في المجلس ليس من قبيل بيع الدين بالدين المنهي عنه (٣) .

ثانيا- إن التأخير إلى ثلاثة أيام خفيف وقريب ، وما قارب الشيء يعطى حكمه (٤) .

ثالثا- نجد لاستثناء الثلاثة أيام من الحرمة نظائر في الشرع : كجواز إحداد المرأة ثلاثة أيام على غير الزوج (٥) .

الترجيح :

بعد استعراض أدلة المذهبين يترجح في نظري ما ذهب إليه المالكية من جواز تأخير قبض رأس مال السلم إذا كان عينا مدة لا تزيد على الثلاثة أيام إذا كان عينا ، وذلك لما يلي :

أولا- إن إلحاق العين بالدين في وجوب القبض بحجة ندرة كون العين رأس َمال السلم ليست في محلها ، لأن فرقا حقيقيا بين العين والدين يوجب اختلاف حكمهما ، وهو أن العين لا تثبت في الذمة بخلاف الدين .

---

(١) ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢١١/٤ .

(٢) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٧٩/٢ .

(٣) المواق : التاج والإكليل ٥١٤/٤ ، وجاء في تفسير القرطبي المالكي : " حد علماؤنا –رحمة الله عليهم- السلم فقالوا : هو بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم " . ثـم بين الحد فقال : " وقولهم بعين حاضرة : تحرز من الدين بالدين ، وقولهم أو ما هو في حكمها : تحرز مـن اليومين والثلاثة التي يجوز تأخير رأس مال السلم إليه " القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٧١/٢ . ونفهـم من كلامه أن المالكية لا يسمون التفرق لا عن قبض دينا ، وأن الثلاثة أيام مدة يعفى عنها في تأخير القـبض إليها .

(٤) الدردير : الشرح الكبير ٣/ ١٩٥ .

(٥) القرافي : الذخيرة ٢٣٠/٥ .

ثم إن كانت العين نادرا ما تكون رأس مال السلم في زمان ، فهل يتغير الحكم إذا صار هذا النادر شائعا ؟

فإن قيل : نعم ، عرفنا أن مبنى الحكم في هذه المسألة هو العرف ، ولا نص فيها ، وإن قيل : لا ، طلبنا الدليل ، ولا دليل .

ثانيا- إن معنى الإسلام والإسلاف في الشيء تقدمه ، ولا يلزم من التقدم القبض في المجلس ، لكن يكتفى بأن يكون رأس المال متقدما قبضه على المسلم فيه ، ليتحقق المعنى اللغوي والشرعي للسلم .

ثالثا- إن تجويز عقد السلم خلافا للقياس مراعاة لحاجة وإفلاس المسلم إليه ، لا يعني وجوب القبض في المجلس ، بل تراعى حاجته بتقدم قبض رأس المال على المسلم فيه ، والثلاثة أيام لن تضر به غالبا .

رابعا- لقد علل الحنفية كثيرا من مسائلهم بقولهم : ما قارب الشيء يعطى حكمه ، فما المانع من اعتبارها هنا والعمل بها كما عمل بها المالكية ؟ [1] .

خامسا- أن مذهب المالكية في هذه المسألة فيه تيسير على المتعاملين ولا يهضم حق أحد منهم ، فقد يتفق طرفان على عقد السلم في مجلس ، ولكن المسلم لا يحمل رأس ماله خاصة إذا كان عينا ، فهل نقضي بفساد العقد لمجرد تفرقهما دون قبض ؟ وهل يعقل أن يسير الإنسان دائما معه المال والأعيان تحسبا لعقد السلم ؟ إن مذهب المالكية في هذه المسألة أكثر واقعية ، وانسجاما مع ظروف العصر الحاضر .

---

[1] إليك هذه النماذج من تعليل الحنفية بعض الأحكام بقولهم : ما قارب الشيء يعطى حكمه :

أولا- من سها عن القعدة الأولى ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب عاد وقعد وتشهد ؛ لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨١/١ .

ثانيا- فناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين ؛ لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه . البابرتي : شرح العناية على الهداية ٤٤٣/١ .

ثالثا- فناء الدار لصاحبها الانتفاع به ، وإن لم يكن ملكا له ؛ لأن ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه . ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٣/ ٢٥٩ .

المطلب الثالث- مقاصة رأس مال السلم بدين آخر :

إذا وجب على المسلم إليه دين مثل رأس مال السلم للمسلِم ، فهل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين ، أم لا ؟

مثاله :

أن يكون للمسلم (المشتري) على المسلم إليه (البائع) دين قيمته ألف دينار ، واتفقا على أن المسلم إليه يسلم المسلِم كمية من الحنطة تساوي قيمة الدين – وهي الألف دينار- عند حلول الأجل ، أي أن المسلم والمسلم إليه اتفقا على أن يجعلا الدينين قصاصا .

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على مذهبين :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه أنه إذا كان للمسلم في ذمة المسلم إليه دين ، فجعله سلما في طعام ، فإن ذلك غير جائز ، وإليه ذهب : المالكية [١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة [٣] ، وزفر من الحنفية [٤] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه جواز أن يجعل الدين رأس مال ، وتقع المقاصة به عند تسلم المسلم فيه إن تراضيا بالمقاصة ، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصا ، وإليه ذهب الحنفية [٥] .

أدلة المذهبين :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم جواز مقاصة رأس مال السلم إذا كان دينا في ذمة المسلم إليه بما يلي :

أولا- الإجماع :

نقل ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم على عدم جواز أن يجعل الدين رأس مال لتقع المقاصة به بعد ذلك [٦] .

---

[١] مالك : المدونة الكبرى ٢٩٨/٦

[٢] الأردبيلي : يوسف ، الأنوار لأعمال الأبرار ، مؤسسة الحلبي وشركاه ، ١٩٦٩م ، ٣٨٩/١

[٣] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٤/ ٢١٢

[٤] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٦/٥ .

[٥] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٦/٥ .

[٦] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢١٢/٤ .

ثانيا- القياس ، وبيانه :

إن قبض رأس مال السلم في مجلس العقد شرط من شروط عقد السلم ، والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة ، فإذا اتفقا على المقاصة كان افتراقهما لا عن قبض رأس المال ، فبطل السلم [١] .

ثالثا- أنه بيع دين بدين وهو منهي عنه ، وبيانه :

أن المسلم فيه دين ، فإذا جعل الثمن دينا ولم يقبض في المجلس ، كان بيع دين بدين ، وهو منهي عنه [٢] .

استدل أصحاب المذهب الثاني على جواز مقاصة رأس مال السلم إذا كان دينا في ذمة المسلم إليه بالتراضي بـ :

الاستحسان ، وبيانه :

" إن العقد ينعقد موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة ، فإذا تقاصا تبين أن العقد انعقد موجبا قبضـا بطريق المقاصة " [٣] .

وجه الاستحسان :

القياس على الزيادة على الثمن والمثمن بعد العقد[٤] ، وبيانه :

أن الزيادة في الثمن والمثمن بعد العقد جائزة استحسانا ، وتلحق بأصل العقد ؛ لأن الزيادة تبين أن العقد قد وقع على كل من الزيادة والمزيد عليه [٥] ، ومثلها المسألة محل البحث ، حيث يعتبر القبض الذي سبق العقد من أصل العقد عند وقوع المقاصة ، وكأن العقد وقع على هذا القبض .

الترجيح :

---

[١] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٦/٥ .

[٢] ابن قدامة (الموفق) : المغني على مختصر الخرقي ٢١٢/٤ ، وقد مر معنا نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الكالئ بالكالئ ص ١٤٤ .

[٣] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٠٦/٥ .

[٤] المصدر السابق نفسه .

[٥] للبائع أن يزيد في مقدار المبيع بعد العقد ، فإذا قبلها المشتري في المجلس كان له حق المطالبة تلك الزيـادة ، وللمشتري أن يزيد في الثمن بعد العقد فإذا قبل البائع تلك الزيادة في المجلس ، كان له حق المطالبـة بتلـك الزيادة ، فزيادة البائع في المبيع ، والمشتري في الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد ، وكأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة . مجلة الأحكام العدلية المواد (٢٥٤- ٢٥٧) ص ١٢٨ -١٢٩ .

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في حكم هذه المسألة ، وما استدلوا به على ما ذهبوا إليه ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني من جواز جعل ما على المسلم إليه من دين للمسلم رأس مال تقع به المقاصة ، وذلك لما يلي :

أولا- إن هذه الصورة ليست من بيع الدين بالدين وهو المنهي عنه ؛ لأن أحدهما ثابت في الذمة والآخر سيثبت ، والمنهي عنه : اللذان سيثبتان في الذمة .

ثالثا- إن أصل تسمية العقد بالسلم والسلف يقتضي التعجيل ، وهذا التعجيل إنما يكون لرأس مال السلم ، وهو هنا معجل .

المبحث الثاني

عقد الاستصناع ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف عقد الاستصناع ، وتكييفه الفقهي .

المطلب الثاني : مشروعية عقد الاستصناع .

المبحث الثاني - عقد الاستصناع :

المطلب الأول : تعريف عقد الاستصناع ، وتكييفه الفقهي :

أولا- تعريف الاستصناع لغة واصطلاحا :

يقال **في اللغة** : استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه ، والصناعة : حرفة الصانع ، وعمله : الصنعة [١] .

والاستصناع **في الاصطلاح** هو : " عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا " [٢] .

ويقال للعامل : صانع ، وللمشتري : مستصنع ، وللشيء : مصنوع .

صورته :

أن يقول شخص لنجار – مثلا – : اصنع لي سريرا من خشب البلوط ، طوله كذا ، وعرضه كذا ، وارتفاعه كذا . وقبل النجار (الصانع) ، انعقد البيع استصناعا .

ثانيا- التكييف الفقهي لعقد الاستصناع :

لقد اختلف علماء الحنفية في تخريج عقد الاستصناع ، هل هو بيع ، أو مواعدة (وعد بالبيع) ، أو إجارة [٣] ؟

فإن قيل : هو عقد إجارة [٤] .

أجيب : إن عقد الاستصناع لا يمكن أن يكون إجارة ؛ لأنه يكون استئجارا على العمل في ملك الأجير ، كما لو قيل للصانع : استأجرك على صباغة ثوبك باللون الأخضر بكذا دينار ، وهذا لا يصح [٥] . **وإن قيل :** هو مواعدة لا معاقدة [٦].

---

[١] ابن منظور : لسان العرب باب (ص ن ع) ٢٠٩/٨ .

[٢] مجلة الأحكام العدلية ، مادة (١٢٤) ص ١٠٢ .

[٣] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٢/ ٨٦ ، و ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٧٥/١ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٢/٦ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٦/ ٢٨٣ .

[٤] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٦ / ٢٤٢ .

[٥] المصدر السابق نفسه .

[٦] المصدر السابق نفسه ٢٤٤/٦ ، وفيه : أنه قول الحاكم الشهيد ، والصفار، ومحمد بن مسلمة حيث قالوا : هو مواعدة وينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي ، ومما ينبني عليه : أن الصانع لا يلزم بالعمل ، خلافا للسلم ، وللمستصنع أن لا يقبل ما صنعه الصانع . فالمعاملة غير لازمة .

أجيب [١] **:**

أولا- إن محمدا ذكر أن عقد الاستصناع يجوز قياسا واستحسانا ، وهما لا يجريان في المواعدة .

ثانيا- يقتصر جواز عقد الاستصناع على ما فيه تعامل بين الناس فقط ، ولو كان مواعدة لجـاز في الكل .

ثالثا- أن محمدا سماه شراء ، فقال : " إذا رآه المستصنع فهو بالخيار ؛ لأنه اشترى ما لم يره " ، وهذا دليل على أنه بيع ومعاقدة ، وليس مواعدة .

رابعا- إن الصانع يملك المال بقبضه له ، ولو كان الاستصناع مواعدة لم يملك المال .

والحاصل :

أن الراجح هو أن الاستصناع عقد بيع [٢] .

فإذا قلنا : إن الاستصناع عقد بيع ، فهل هو بيع للعين أو للعمل ؟

الجواب : أنه عقد بيع على العين لا على العمل [٣] .

والدليل : أن الصانع لو جاء بالمصنوع على الوصف المطلوب ، ولم يكن من صنعته ، أو كـان من صنعته قبل العقد ، فقبله المستصنع جاز [٤] .

تنبيهان :

التنبيه الأول :

---

[١] ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٤/٦ .

[٢] يقول الأستاذ الزرقا :" رجحنا ذكر الاستصناع هنا مع أنواع البيع ؛ لأن حقيقته : بيع المصنوع المطلوب قبل صنعه ، فهو نوع من البيع ، مطلوب فيه من البائع عمل " الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٣ .

[٣] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٦/٢ ، ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٧٥/١ .

[٤] ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٧٥/١ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٣/٦ ، وفيـه نسب القول بأن الاستصناع عقد على العمل دون العين لأبي سعيد البردعي . **وتجدر الإشارة هنا** أن مجمـع الفقه الإسلامي بجدة قد قرر أن عقد الاستصناع : عقد وارد على العمل والعين في الذمة . انظر : قـرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة للدورات (١- ١٠) والقرارات (١-٩٧) ، ط٢ ،١م ، تنسـيق : د. عبدالستار أبو غدة ، دار القلم دمشق ، ١٩٩٨م . قرار رقم (٦٥) ص ١٤٤ . ولا يخفى أنه بهـذا يخـالف الاجتهاد الحنفي في المسألة كما بين .

إن للاستصناع شبها بكل من السلم والإجارة ، **والفرق بينه وبين الإجارة** : أن المواد التي سيصنع منها الشيء المتفق عليه (المصنوع) في عقد الاستصناع تكون من عند الصانع (البائع) ومن ماله ، أما في الإجارة فتكون من عند المستأجر ومن ماله [١] .

والفرق بين السلم والاستصناع [٢]**:** أن في عقد الاستصناع لا تجب ثلاثة شروط تجب في السلم :

أولا- لا يجب تعجيل الثمن [٣] .

ثانيا- لا يجب بيان مدة الصنع والتسليم [٤] .

ثالثا- لا يجب أن يكون المصنوع مما يوجد في الأسواق [٥] .

التنبيه الثاني :

إن جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، لم يفردوا الاستصناع في مبحث مستقل ؛ لأنهم لم يعتبروه عقدا مستقلا ، بل هو عندهم داخل في عقد السلم وجزء منه ، وبالتالي يشترط

---

[١] الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٣ .

[٢] ومن ضمن الفوارق أن عقد السلم يلزم بمجرد القبض ، أما عقد الاستصناع فهو عقد غير لازم كما هو ظاهر الرواية حتى وإن جاء المصنوع على الوصف المطلوب ؛ لأن المشتري يملك خيار الرؤية ؛ لأنه اشترى شيئا لم يره . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٦/٢ . **وقد جاء** في قرارات مجمع الفقه الإسلامي : "إن عقد الاستصناع ...ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط " . قرار (٦٥) ص ١٤٤. وهو قول أبي يوسف ، وقد أخذت به مجلة الأحكام العدلية مبينة أنه لو جاء المشروط على خلاف الوصف المرغوب ، كان المشتري بالخيار ، مادة (٣٩٢) ص ١٥٥ . والسبب في هذا الترجيح أن لا يقع البائع (الصانع) في غبن ، فلعله صنع للمشتري ما أراد ، فرفضه المشتري ، وقد لا يجد من يقبل المصنوع بذلك الوصف ، فيخسر ما بذل . واعتماد هذا القول من المجمع لا شك أنه وجيه .

[٣] مجلة الأحكام العدلية ، مادة (٣٩١) ص ١٥٥ .

[٤] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٦/٢ ، وقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي : أن من شروط عقد الاستصناع : " أن يحدد فيه الأجل " . قرار (٦٥) ص ١٤٤ . ومذهب الحنفية أنه لا يجب ضرب الأجل بل : لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل بين الناس يصير العقد سلما عند الإمام خلافا للصاحبين ، أما لو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق . المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي ٨٦/٢ ، ولكن فساد الذمم الذي ينتج عنه طول المماطلة يؤيد ما ذهب إليه المجمع من وجوب تحديد الأجل .

[٥] الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٣ .

في الاستصناع عندهم ما يشترط في السلم [١] .
وقد مرت معنا بعض أهم الفروق بين عقد الاستصناع والسلم ، وهي ذاتها أهم الفروق بين مذهب الجمهور ومذهب الحنفية في عقد الاستصناع [٢] .

---

[١] الدردير : الشرح الكبير ٢١٧/٣ ، الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهـاج ٢٤/٣ ، ابـن قدامة (الموفق) المغني على مختصر الخرقي ١٩٧/٤ .

[٢] تطرق د. توفيق البوطي لخلاف الجمهور مع الحنفية حول تكييف عقد الاستصناع : هل هو عقـد مسـتقل أو تابع للسلم ؟ ورجح مذهب الجمهور . لمزيد من التفصيل انظر : البوطي (الابن) : توفيق " محمد سـعيد " رمضان ، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ، ص ١٧٢ .

المطلب الثاني- مشروعية عقد الاستصناع :

انقسم أئمة الحنفية في مشروعية عقد الاستصناع إلى فريقين :

الفريق الأول :

يرى أن الاستصناع عقد غير جائز ، وغير مشروع ، وإليه ذهب : زفر بن هذيل (١) .

الفريق الثاني :

يرى أن الاستصناع عقد جائز ، ومشروع ، وإليه ذهب : الإمام أبو حنيفة وصاحباه (٢) .

الأدلة :

استدل الفريق الأول على عدم جواز عقد الاستصناع بما يلي :

أولا- القياس ، وبيانه :

إن الاستصناع بيع للمعدوم ، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع ما ليس عند الإنسان (٣) ، فإذا كان بيع الموجود غير المملوك ، أو المملوك غير مقدور التسليم ممنوعا ، فبيع المعدوم أولى بالمنع (٤) .

ثانيا- إن عقد الاستصناع إما ان يكون عقد بيع أو عقد إجارة : ولا يصلح أن يكون عقد إجارة ؛ لأنه استئجار على العمل في ملك الغير ، وهذا لايجوز . وليس عقد بيع ؛ لأنه بيع للمعدوم ، وهو غير جائز ، والحاصل أن عقد الاستصناع ليس عقدا جائزا أو مشروعا (٥) .

واستدل الفريق الثاني على جواز عقد الاستصناع بما يلي :

أولا- الاستحسان ، وبيانه :

لقد تعامل الناس بالاستصناع من غير نكير ، من لدن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى العصور المتأخرة ، فصار إجماعا عمليا ، " وبمثله – أي التعامل الذي جرى في كل البلاد -

---

(١) ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ٢٧٥/١ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٢/٦ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٢٨٣/٦ .

(٢) المصادر السابقة نفسها .

(٣) انظر ص ٢٢

(٤) الكرلاني : الكفاية على الهداية ٢٠٤/٦ ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٢٤/٦ .

(٥) ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٦/ ٢٤٢ ، و ابن نجيم : البحر الرائق ٦/ ٢٨٣ .

يترك القياس والنظر ، ويخص الكتاب والخبر" [١] ، وهو أصل مندرج في قوله (صلى الله عليه وسلم) : " لا تجتمع أمتي على ضلالة " [٢] ، وقوله : " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " [٣] . فيقتصر جوازه على مافيه تعامل ، وما لا تعامل فيه رجع فيه إلى القياس .

---

(١) ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ، وابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير ٢٤٢/٦ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٣٧/٥ .

(٢) حديث ضعيف رواه أبو داود والترمذي . قال النووي : " وأما حديث (لا تجتمع أمتي على ضلالة) فضعيف " . النووي : شرح صحيح مسلم ٦٧/١٣ .

(٣) **رواه الإمام أحمد** في مسنده موقوفا على ابن مسعود بسند حسن . الشيباني : مسند أحمد ، رقم (٣٦٠٠) ٢٧٩/١ ، والعجلوني : كشف الخفاء رقم (٢٢١٤) ٢٤٥/٢ .

ورواه الحاكم في المستدرك موقوفا على ابن مسعود أيضا ، وقال :" هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه " . الحاكم : المستدرك على الصحيحين ٨٣/٣ .

تنبيهات :

التنبيه الأول : لقد وهم العجلوني فقال : " رواه أحمد في كتاب السنة ، وليس في مسنده " . انظر : العجلوني : كشف الخفاء ، ٢٤٥/٢ .

التنبيه الثاني : ذكر العجلوني في سياق كلامه عن حديث رقم (٥٠٤) ١٩٢/١ ما نصه : " وقد صح عن ابن مسعود مرفوعا و موقوفا : مار آه المسلمون حسنا ...الخ " وهنا إشكالان :

الإشكال الأول : حكم العجلوني على الحديث الموقوف بالصحة مرة ، وبالحسن أخرى ، قارن بين ١٩٢/١ ، و ٢٤٥/٢ .

الإشكال الثاني : صحح رواية الرفع .

والجواب عن الأول : أن الحديث الموقوف صحيح من طريق ، كما عند الحاكم ، وحسن من أخرى ، كما عند أحمد ، وبهذا يرتقي الحسن ليكون صحيحا لغيره ، لكنه في الأصل حسن .

والجواب عن الثاني : أن تصحيح رواية الرفع وهم من العجلوني ، ويدل عليه أمران :

الأمر الأول : لم أجد أحدا ممن اطلعت على قوله من المحدثين قد حكم بصحة رواية الرفع ، وعلى سبيل المثال قال الزيلعي :" غريب مرفوعا " ، وقال ابن حجر العسقلاني : :" لم أجده مرفوعا " . الزيلعي : نصب الراية ، باب الإجارة الفاسدة ، الحديث الأول ، ١٣٣/٤ ، ابن حجر : أحمد بن علي (ت : ٨٥٣هـ) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ٢م ، تحقيق : عبدالله هاشم يماني ، دار المعرفة ، د.ت ، رقم (٨٦٣) ١٧٨/٢ .

الأمر الثاني : أن العجلوني نفسه لم يذكر رواية الرفع عند تخريجه للحديث ، بل لم يصحح الرواية الموقوفة . انظر : العجلوني : كشف الخفاء ٢٤٥/٢ .

التنبيه الثالث : قال أ.د. حسن أحمد مرعي : " أقول : والحديث صحيح مع وقفه على ابن مسعود ، فقد روي مرفوعا " . مرعي : الاستحسان الأصولي حقيقته وحجيته ص ٢٩ . ولا يخفى انعدام العلاقة بين صحة الحديث موقوفا ، وبين رفعه ؛ لأن الجهة منفكة ، فالموقوف على الصحابي قد يكون صحيحا ، أو حسنا ، أو

ثانيا- ما روي أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) استصنع خاتما [(١)] و منبرا [(٢)] .

الترجيح :

بعد استعراض أدلة الفريقين ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه الإمام وصاحباه من حجية الاستصناع ومشروعيته ، وذلك لما يلي :

أولا- لقد ثبت بالحديث الصحيح أن النبي (صلى الله عليه وسلم) اصطنع خاتما ، وهذا من باب السنة العملية ، وفعله (صلى الله عليه وسلم) هذا يفيـد الجـواز و الإباحـة إذ لا دليـل علـى الخصوصية .

ثانيا- وجود الحاجة الملحة إلى مثل هذا العقد ، فلا نكاد نتصور زمانا يمكن أن يخلو من وجـود مثل هذا العقد ، لقضاء حاجات الناس ، وصنع ما يطلبون وفق مشيئتهم .

ثالثا- إن الإجماع العملي متحقق فعلا ؛ لوجود الحاجة المذكورة آنفا . وبمثل هذا الإجماع يتـرك القياس ، وتخص القواعد الشرعية العامة [(٣)] .

ضعيفا . وكذلك المرفوع للنبي (صلى الله عليه وسلم) . فكون الحديث مرفوعا ، لا يلزم منـه أن يكـون الحديث الموقوف صحيحا .

(١) عن نافع أن عبد الله حدثه : " أن النبي (صلى الله عليه وسلم) اصطنع خاتما " . متفق عليـه ، البخـاري : صحيح البخاري ، كتاب اللباس ، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه ، رقم (٥٥٣٨) ٢٢٠٥/٥ ، مسلم: صحيح مسلم ، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته للرجال ، رقم (٢٠٩١) ١٦٥٥/٣ . ومعنى اصطنع : أي أمر أن يصنع له . ابن منظور : لسان العرب ، باب (ص ن ع) ٢٠٩/٨ .

(٢) عن سهل بن سعد (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) أرسل إلى امرأة مـن المهـاجرين ، وكان لها غلام نجار ، قال لها : مري عبدك فليعمل لنا أعواد المنبر ، فأمرت عبـدها ، ..." . البخـاري : صحيح البخاري ، كتاب الهبة ، باب من استوهب من أصحابه شيئا ، رقم (٢٤٣٠) ٩٠٨/٢ . **ولا يخفى** أن ترجمة الإمام البخاري تنسف ما استشهد به الحنفية ؛ لأن البخاري جعله من باب الاسـتيهاب لا مـن بـاب الاستصناع ، ويشهد للبخاري ما رواه من حديث جابر (رضي الله عنه) : " ...فقالت امرأة من الأنصار أو رجل : يارسول الله ، ألا نجعل لك منبرا ؟ قال : إن شئتم ، فجعلوا له منبرا " . البخاري : صحيح البخاري ، كتاب المناقب ، باب علامات النبوة في الإسلام ، رقم (٣٣٩١) ١٣١٤/٣ . وبناء عليه : لا أرى في هـذا الحديث شاهدا على مشروعية الاستصناع .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٣٧ .

تنبيه :

من الملفت للنظر أن الحنفية في كتب الأصول يأتون بالاستصناع مثالا على استحسان الإجمـاع ، وعندما يذكرون الاستصناع في كتب فروعهم يذكرون أن حجية الاستصناع مستمدة من استحسان الإجماع (الإجماع العملي) ، ويستدلون أيضا بحديث : اصطنع النبي (صلى الله عليـه وسـلم) خاتما . فلماذا لم يجعلوا الاستصناع من باب استحسان النص ؟

لا شك أن النص في المسألة سابق على الإجماع ، فلا أرى الناس أجمعت إلا على ما فيه نـص ، ولهذا يترجح في نظري كون الاستصناع مثالا على استحسان النص لا الإجمـاع . والله تعـالى أعلم.

المبحث الثالث

عقد بيع الوفاء ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف بيع الوفاء ، و تكييفه الفقهي .

المطلب الثاني : حكم عقد بيع الوفاء .

المبحث الثالث- بيع الوفاء :

المطلب الأول- تعريف بيع الوفاء ، و تكييفه الفقهي :

أولا- تعريف بيع الوفاء [١] **:**

" هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع " [٢] .

سبب تسميته بيع الوفاء :

" أن في هذا البيع عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن " [٣] .

صورته :

أن يبيع المحتاج إلى النقد عقارا عنده بألف دينار ، على أنه إذا رد على المشتري الثمن ، رد المشتري عليه العقار .

ثانيا- تكييفه الفقهي :

لقد اختلف علماء الحنفية في تخريج بيع الوفاء ، هل هو رهن ، أم بيع صحيح ، أم بيع فاسد ، أم بيع مركب من كل ما ذكر [٤] ؟

فإن قيل : هو رهن محض [٥] .

---

(١) لبيع الوفاء تسميات أخرى مثل : بيع المعاملة ، و البيع الجائز . ويسميه أهل مصر : بيع الأمانـة ، ويسـميه أهل الشام : بيع الإطاعة . ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٢٤٦ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، مادة رقم (١١٨) ص ١٠٢ . وعرفه الأستاذ الزرقا بقوله : " هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقارا ، على أنه متى رد الثمن استرد العقار المبيع " . العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيـع) ص ١٥٥ . والفرق بين التعريفين أن الأستاذ الزرقا خص المبيع بالعقار ، وهو محل اتفاق بين الحنفية، أمـا تعريف المجلة فقد أطلق القول في المبيع ، فيشمل المنقول وغير المنقول ، هذا هو الظاهر ويؤيده ما جاء في المادة اللاحقة (١١٩) ص ١٠٢ : " بيع الاستغلال : هو بيع المال وفاء على أن يستأجره البـائع " . وكلمـة المال تشمل المنقول وغير المنقول . الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقـد البيـع) ص ١٦٣ . قال صاحب الدر المختار : " وفي الدرر : صح بيع الوفاء في العقار استحسانا ، واختلف فـي المنقـول" . الحصكفي : الدر المختار ٢٤٨/٤ . **ومن الجدير بالـذكر** أن لبيع الوفاء شبها بخيار النقد لذلك ذكره ابن نجيم وغيره بعد خيار النقد ، ومهد بقوله : " وذكره هنا أنسب ؛ لأنه من أفراد مسألة خيار النقد " ابن نجيم : البحر الرائق ٨/٦ .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٢٤٦ .

(٤) ذكر ابن نجيم فيه ثمانية أقوال . ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ .

(٥) ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ ، و ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٦/٤ .

أجيب : بأن الرهن عقد توثيقي محض ، لا يوجد فيه تمليك منفعة للمقرض في مقابـل القـرض بصورة مشـروعة ، فبينما يجوز للمشـتري في عقد الوفاء أن يؤجر المبيع من البائع نفسـه أو من غيره ، فلا يجوز للمرتهن إيجار المرهون من الراهن ، ولا من غيره ؛ لأنـه غيـر مالـك للمنفعة [(١)].

وإن قيل : هو عقد بيع صحيح [(٢)] .

أجيب : كيف يكون بيعا صحيحا و لا يملك المشتري بيعه ؟ لا شـك أن هـذا الشـرط مخـالف لمقتضى البيع الصحيح الذي يعطي للمشتري الحرية الكاملة بالتصرف فيما اشتراه [(٣)] .

وإن قيل : هو عقد بيع فاسد [(٤)] .

أجيب : كيف وقد جوزه الكثير من علماء الحنفية ، وتعامل به الناس ، وجرت به أعرافهم ؟

فلم يبق إلا أنه عقد مركب من ثلاثة عقود ، له شبه بكل واحد منها ، وحكمه مركب ، مستمد من أحكام العقود الثلاثة [(٥)] .

وأهم الأحكام التي يستمدها (بيع الوفاء) من أحكام الرهن هي :

أولا- إن المشتري لا يملك المبيع [(٦)] .

ثانيا- ليس لطرفي العقد بيع مبيع الوفاء لشخص آخر ، ولا رهنه [(٧)] .

ثالثا- إن يد المشتري على المبيع يد ضمان بمقدار الثمن الذي يعتبر دينا ، أي أنه يضمن مقـدار الثمن (الدين) إذا هلك المبيع ، فيسقط الدين في مقابلته ، سواء هلك بتعد أو تقصير ، أم لا . أما

---

(١) الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٩ .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٦/٤-٢٤٧ .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ .

(٤) ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ .

(٥) ابن نجيم : البحر الرائق ١٢/٦ ، ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ . وعرف هـذا الحكم بأنه (القول الجامع) ، وهو ما استقر عليه رأي المتأخرين . الزرقا : العقـود المسـماة فـي الفقـه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٨ .

(٦) ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ .

(٧) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ ، و مجلة الأحكام العدليـة ، مـادة (٣٩٧) ص ١٥٧ .

الزائد عن الثمن فيد المشـتري عليه يد أمانة ، بمعنى أنه لا يضمنه إذا هلك إلا بتعد أو تقصير . وهذه هي أحكام ضمان المرهون على المرتهن [١] .

أما استمداد (بيع الوفاء) من البيع الفاسد فيتجلى في : أن لطرفي العقد حق الفسخ والتراد[٢] ، فإن مات أحد الطرفين حل وارثه محله وانتقل إليه هذا الحق [٣] .

و أهم ما استمده (بيع الوفاء) من البيع الصحيح ما يلي :

أولا- إن المشتري يملك منافع المبيع دون حاجة لاشتراط ذلك في عقد الوفاء [٤] .

ثانيا- يجوز للمشتري أن يؤجر المبيع وفاء من المشتري أو من غيره ، ويأخذ الأجرة [٥] .

ثالثا- إن البائع إذا شرط في عقد بيع الوفاء على المشتري أن يستأجر منه العين المبيعة وفـاء ، جاز ذلك ، ويسمى هذا البيع بيع استغلال [٦] .

---

[١] ابن نجيم : البحر الرائق ١١/٦ ، ومجلة الأحكام العدلية ، المواد (٣٩٩_٤٠١) ص ١٥٨ .

[٢] ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٢٤٧ ، ومجلة الأحكام العدليـة ، مـادة (٣٩٦) ص ١٥٧ .

[٣] مجلة الأحكام العدلية ، مادة (٤٠٢) ص ١٥٨ .

[٤] ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ .

[٥] الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٩ .

[٦] مجلة الأحكام العدلية ، مادة (١١٩) ص ١٠٢ ، والزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيـع) ص ١٥٩ .

المطلب الثاني- حكم عقد بيع الوفاء :

لقد اختلف الفقهاء في مشروعية عقد بيع الوفاء على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

ويرى أصحابه بطلان هذا العقد ، وإليه ذهب : المالكية ، والحنابلة [(١)] .

المذهب الثاني :

ويرى أصحابه أن هذا العقد بيع صحيح ، يترتب عليه جميع أحكام البيع الصحيح ، إذا كان الاتفاق بين المتبايعين مسبقا غير مقترن بمجلس العقد ، ولا يلزم المشتري الوفاء بما وعد به البائع ، بل لا يرجع المبيع للبائع إلا بعقد جديد ، وإليه ذهب : الشافعية [(٢)] .

المذهب الثالث :

ويرى أصحابه جواز هذا العقد بشرط صحة البدلين لصاحبيهما ، وإليه ذهب : الحنفية [(٣)] .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على عدم جواز عقد بيع الوفاء بما يلي :

أولا- إن صورة هذا العقد بيع وسلف ، وهو منهي عنه [(٤)] .

ثانيا- إن هذا العقد قرض بعوض أي سلف جر منفعة ، وهو منهي عنه [(٥)] .

ثالثا- إن صورة هذا العقد ليست إلا من صور بيع الثنيا وهو منهي عنه [(٦)] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على صحة بيع الوفاء إذا تم الاتفاق مسبقا دون اقتران بمجلس العقد بما يلي :

---

(١) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٣ ، البهوتي : كشاف القناع ١٧٢/٣، وهوما قرره مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، حيث جاء في نص القرار : " إن هذا العقد غير جائز شرعا " . قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، قرار رقم(٦٦) ص١٤٦.

(٢) الهيتمي : ابن حجر ، **الفتاوى الكبرى الفقهية** ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ١٥٨/٢-١٥٩، ٢٢٩-٢٣٠ .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ .

(٤) انظر تخريجه ص ٥٢ و ص ٥٣ .

(٥) قوله (صلى الله عليه وسلم) : " كل قرض جر منفعة فهو ربا " . روي بأسانيد وألفاظ مختلفة ، لا يخلو أحدها من مقال . انظر : الزيلعي : نصب الراية ٦٠/٤ .

(٦) مسلم : صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ، ٣٣٧/٦ .

إن الاتفاق إذا كان مسبقا غير مقترن بمجلس العقد ، فقد خلا العقد عن شرط فاسد في صلبه ، ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على ما لو وقع في العقد لأفسده[(١)] .

واستدل أصحاب المذهب الثالث على صحة بيع الوفاء بشرط صحةالبدلين لصاحبيهما : بالاستحسان ، وبيانه :

أصبح أصحاب رؤوس الأموال لا يتعاملون بالقرض الحسن الخالي عن أي منفعة ، ولا يثقون بإمكانية رد المقترض المال ، إذا تعاملوا بالقرض الحسن ، إما لسوء الأحوال ، أو لفساد الذمم .

ولما كانت حاجة عامة الناس من البسطاء للمال موجودة ، وخوفهم من الربا يمنعهم من الاقتراب منه ، ظهر بيع الوفاء[(٢)] .

فوجه الاستحسان هو : حاجة الناس إلى هذا العقد [(٣)] .

أما شـرط صحة البدلين ؛ فلأن المواعيد إذا كانت على صورة التعليق تكون لازمـة ، لحاجـة الناس[(٤)] .

الترجيح :

بعد استعراض أدلة كل مذهب ، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من بطلان هذا العقد ، وذلك لما يلي :

أولا- إذا كانت الحاجة هي الداعية إلى مثل هذا العقد ، فإني لا أراها متحققة ، وذلك لأن في الشريعة حلولا أخرى تعالج قضية الحصول على المال ، مع ضمان حق الدائن ، فعلى سبيل المثال :

عقد **الرهن :** فصاحب العقار من الممكن أن يرهن عقاره عند الدائن ، و تسير الأمور على وفق أحكام الرهن كاملة ، وهو عقد لامراء في مشروعيته .

و الكفالة : فمن الممكن أن يجد طالب المال من يكفله ، بسبب قرابته له ، أو صداقته ، أو وجاهته .

فكل من عقد الرهن والكفالة وسيلة لتوثيق الدين وحفظه .

---

(١) الهيتمي : الفتاوى الكبرى الفقهية ١٥٨/٢-١٥٩، ٢٢٩-٢٣٠ .

(٢) الزرقا : العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع) ص ١٥٦ .

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ .

(٤) الحصكفي : الدر المختار ٢٤٧/٤ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٧/٤ .

ثانيا- إذا كان استحسان الحنفية واتفاقهم اتجه نحو بيع العقار وفاء ، فهذا آية عدم جوازه ، وانتفاء الحاجة المزعومة ، وذلك لسببين :

السبب الأول : إن مالك العقار يستطيع أن يبيع عقاره ، ويحصل على المال ، فانتفت الحاجة ، أما رغبته في الاحتفاظ به ، فهي مشكلته وقضيته . لكن المخرج موجود فلا وجود للحاجة عندها ؛ لأن هذه الحاجة في هذه الصورة ليست إلا هوى .

السبب الثاني : إن مالك العقار يستطيع أن يؤجره ، ويحصل على المال ، ومعلوم أن الأجرة في هذه الأيام يدفعها المستأجر مقدما لسنة أو لستة أشهر ، فلم يبق للحاجة موضع .

ثالثا- دأبت كثير من الدول على إيجاد مؤسسات تقوم بتقديم القروض الحسنة والمساعدات للمحتاجين ، وهذا تعويض عن بخل بعض الأثرياء ، وهروبهم من واجباتهم نحو المجتمع .

رابعا- لو افترضنا أن هناك حاجة حقيقية ، فأرى أن تحل عن طريق الوعظ والإرشاد ، والترغيب والترهيب بدلا من إيجاد الحيل ، وفتح أبواب التعامل الربوي أو المشبوه ، فيطمع الذي في قلبه مرض .

وأخيرا أرى أن قرار المجمع الفقه الإسـلامي - بجدة كان صائبا حيث نص على بطلان هذا العقد .

النتائج والتوصيات

إن من أهم النتائج التي توصل إليها الباحث :

أولا- إن اختلاف فقهاء الحنفية في تعريف الاستحسان نابع من تطور هذا المصطلح عبر العصور والأزمنة ، وهو أمر طبيعي ، ومع ذلك ظل للاستحسان معنى واحد ، وإن اختلفت العبارات في وصف معناه .

ثانيا- إن المقصود بالقياس الظاهر إذا جعل مقابلا للقياس الخفي القياس الأصولي ، أما إذا جعل مقابلا للدليل فالمقصود منه القواعد العامة ، والأصول الكلية .

ثالثا- إن مبدأ الاستحسان من حيث كونه استثناء من دليل بدليل محل اتفاق بين الأئمة .

رابعا- إن معارضة الإمام الشافعي للاستحسان تنصب على استحسان العادة ، واستحسان المصلحة .

خامسا- إن استحسان العرف ، واستحسان الضرورة والحاجة ، من أهم أنواع الاستحسان ؛ لأنها تمنح المجتهد قدرة على مواكبة روح العصر .

سادسا- إن ماكان راجحا عند الحنفية من أحكام استحسانية ليس بالضرورة أن تظل كذلك في زماننا ، خصوصا تلك التي بنيت على العرف أو الحاجة ، فإنهما يتغيران .

سابعا- إن الاستحسان وإن كان حكمه راجحا في المذهب الحنفي – إلا فيما ندر – إلا أنه قد يكون مرجوحا عند معارضة أدلة أصحاب المذاهب الأخرى .

ثامنا- تلتقي أحكام الحنفية الاستحسانية مع أحكام غيرهم من المذاهب ، وإن لم يكن مأخذهم فيها الاستحسان ، وهذا دليل على مصداقية هذا الدليل .

وإن من أهم التوصيات التي يوصي بها الباحث :

أولا- أن تعمق دراسة الاستحسان في الكليات الشرعية ، خصوصا في مرحلة الدراسات العليا .

ثانيا- أن تخصص محاضرات وأبحاث حول كثير من المسائل الاستحسانية التي بنيت على العرف أو الحاجة أو المصلحة ، ولم تعد كذلك ؛ لأنها يجب أن يعاد النظر في أحكامها .

المراجع والمصادر

- الآمدي ، علي بن محمد (ت:٦٣١هـ) . **الإحكام في أصول الأحكام** ، ٢م ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، ١٩٦٧م .
- الأنصاري ، عبد العلي محمد بن نظام الدين (ت: ١١٠٢هـ) . **فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت** ، ٢م ، دار الأرقم بيروت .
- ابن أمير الحاج ، محمد بن محمد (ت: ٨٧٩هـ) . **التقرير والتحبير** ، ط١، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦م .
- الأردبيلي ، يوسف (ت: ٧٩٩هـ) . **الأنوار لأعمال الأبرار** ،٢م، مؤسسة الحلبي وشركاه ، ١٩٦٩م.
- البصري ، محمد بن علي الطيب (ت: ٤٣٦هـ) . **المعتمد** ، ط١، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م .
- البخاري ، عبدالعزيز بن أحمد (ت: ٧٣٠هـ) . **كشف الأسرار** ، ط٣، ٤م، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- البزدوي ، علي بن محمد (ت: ٤٨٢هـ) . **أصول البزدوي** ، على هامش كشف الأسرار.
- البخاري ، محمد بن إسماعيل (ت: ٢٥٦هـ) . **صحيح البخاري** ، ط١ ، ١٣م ، المطبعة الخيرية ، ١٨٩٩م ، على هامش فتح الباري .
- البوطي ، محمد سعيد رمضان (١٩٩٦م) . **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ،ط٢،١م ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- البغا ، مصطفى ديب (١٩٩٣م) . **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي** ، ط٢ ،١م ، دمشق : دار القلم .
- البابرتي ، محمد بن محمود . **شرح العناية على الهداية** ، على هامش فتح القدير .
- البكري ، عبد الجليل العطا (١٩٩٦م) . **الوشاح على نور الإيضاح** ، ط٢ ، ١م ، دمشق : دار النعمان .
- البهوتي ، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ) . **الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، ١م ، دار الأرقم ، بيروت ، د.ت .

- البهوتي ، منصور بن يونس (ت: ١٠٥١هـ) . **كشاف القناع ،** ٦م ، مكتبة النصر الحديثة ، الرياض ، د.ت .
- ابن بدران ، عبد القادر الدمشقي (ت: ١٣٤٦هـ) . **المدخل إلى مذهب الأمام أحمد بن حنبل** ، ط٢ ، ١م ، تحقيق : د. عبدالله التركي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨١م .
- البناني ، عبدالرحمن بن جاد الله (ت: ١١٩٨هـ) . **حاشية البناني على شرح المحلي ،** مطبوع مع شرح المحلي .
- الترمذي ، محمد بن عيسى (ت: ٢٧٩هـ) . **سنن الترمذي** ، ط١ ، ١م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠م .
- التفتازاني ، مسعود بن عمر (ت: ٧٩٢هـ) . **التلويح على التوضيح** ، ١م ، محمد علي صبيح ، القاهرة ، ١٩٥٧م .
- آل تيمية ، عبد السلام بن عبد الله (ت: ٦٥٢هـ) وولده عبد الحليم(ت: ٦٨٢هـ) ، وحفيده أحمد (ت:٧٢٨هـ) . **المسودة في أصول الفقه** ، ١م ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة المدني ، القاهرة ، ١٩٦٤م .
- الجصاص ، أحمد بن علي الرازي (ت: ٣٧٠هـ) . **الفصول في الأصول** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .
- ابن حنبل ، أحمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ) . **المسند** ، ٦م ، مؤسسة قرطبة ، القاهرة ، د.ت .
- ابن حزم ، علي بن أحمد (ت: ٤٥٦هـ) . **الإحكام** ، ط٢ ، ٢م ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٢م .
- الحطاب ، محمد بن محمد الرعيني (ت: ٩٥٤هـ) **مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل** ، ط٢ ، ٦م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨م .
- الحاكم ، محمد بن عبد الله (ت: ٤٠٥هـ) . **المستدرك على الصحيحين** ، ط١ ،٤م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠ م .
- ابن حجر ، أحمد بن علي (ت: ٨٥٣هـ) . **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، ط١ ،١٣م ، المطبعة الخيرية ، ١٨٩٩م .

- ابن حجر ، أحمد بن علي (ت: ٨٥٣هـ) . **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، ٣م ، مكتبة الكليات الأزهرية ، د.ت .
- الخطيب ، عبداللطيف محمد (٢٠٠٣م) . **المستقصى في علم التصريف** ، ط٢ ، ٢م ، الكويت : مكتبة دار المعرفة .
- خلاف ، عبدالوهاب (١٩٧٨م) . **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه** ، ط٤ ، ١م ، الكويت : دار القلم .
- الدبوسي ، عبدالله بن عمر (ت: ٤٣٠هـ) . **تقويم الأدلة في أصول الفقه** ، ط١ ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م .
- الدريني ، محمد فتحي (١٩٩٧م) . **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي** ، ط٣ ،١م ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- الدردير ، أحمد بن محمد (ت: ١٢٠١هـ) . **الشرح الكبير على مختصر سيدي خليل** ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .
- أبو زهرة ، محمد أحمد (١٩٩٥م) . **أصول الفقه** ، ١م ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- أبو زهرة ، محمد أحمد (١٩٩٧م) . **أبو حنيفة** ، ١م ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- أبو زهرة ، محمد أحمد (١٩٩٧م) . **مالك** ، ١م ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- الزرقا ، مصطفى أحمد (١٩٩٨م) . **المدخل الفقهي العام** ، ط١ ، ٢م ، دمشق : دار القلم.
- الزرقا ، مصطفى أحمد (١٩٩٩م) . **العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)** ، ط١ ،١م ، دمشق : دار القلم .
- زيدان ، عبدالكريم (١٩٧٥م) . **الوجيز في أصول الفقه** ، ١م ، بيروت : مؤسسة الرسالة .
- الزيلعي ، عبد الله بن يوسف (ت: ٧٦٢هـ) . **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية** ، ط١ ، ٤م ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- السرخسي ، محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ) . **أصول السرخسي** ، ط١، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٧م .

- السرخسي ، محمد بن أحمد (ت: ٤٨٣هـ) . **المبسوط** ، دار المعرفة ،١٨م ، بيروت .
- السايس ، محمد علي (١٩٩٩م) . **تاريخ الفقه الإسلامي** ، ط١ ، ١م ، دمشق : دار الفكر.
- شلبي ، محمد مصطفى (١٩٨١م) . **تعليل الأحكام** ، ١م ، بيروت : دار النهضة .
- شلبي ، محمد مصطفى (١٩٨٣م) . **أصول الفقه الإسلامي** ، ط٤ ، ١م ، بيروت : الدار الجامعية .
- الشوكاني ، محمد بن علي (ت: ١٢٥٠هـ) . **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** ، ط١ ، ١م ، مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٣٧م .
- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠هـ) . **الموافقات في أصول الشريعة** ، ط١ ، ٤م ، تعليق : عبدالله دراز ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١م .
- الشيرازي ، إبراهيم بن علي (ت: ٤٧٦هـ) . **التبصرة في أصول الفقه** ، ط١ ، ١م ، تحقيق د. محمد حسن هيتو ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٠م .
- الشيرازي ، إبراهيم بن علي (ت: ٤٧٦هـ) . **اللمع في أصول الفقه** ، ط١ ،١م ، تحقيق : محيي الدين مستو ، و يوسف بديوي ، دار الكلم الطيب ، ودار ابن كثير ، دمشق ، ١٩٩٥م .
- الشربيني ، محمد بن محمد الخطيب (ت: ٩٧٧هـ) . **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ط١ ، ٦م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- الشافعي ، محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤هـ) . **الأم** ، ٤م ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ت .
- الشافعي ، محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤هـ) . **الرسالة** ، ١م ، تحقيق : أحمد شاكر ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .
- الطوفي ، سليمان بن عبدالقوي (ت: ٧١٦هـ) . **شرح مختصر الروضة** ، ط٢، ٣م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨م .
- ابن عصفور، علي بن مؤمن (ت: ٦٦٩هـ) . **الممتع الكبير في التصريف** ، ط١، ١م ، تحقيق :د. فخرالدين قباوة ، مكتبة لبنان ، بيروت ، د.ت .

- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر (ت: ١٢٥٢هـ) . **حاشية رد المحتار على الدر المختار** ، ٧م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت .
- الفرفور ، محمد عبداللطيف (١٩٨٥م) . **نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة** ، ١م ، دمشق : دار دمشق .
- ابن فارس ، أحمد بن فارس (ت: ٣٩٥هـ) . **معجم مقاييس اللغة** ، ط١، ٢م ، تحقيق : عبدالسلام هارون ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١م .
- ابن قدامة (الموفق) ، عبدالله بن أحمد (ت: ٦٣٠هـ) . **المغني على مختصر الخرقي** ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- ابن قدامة (الموفق) ، عبدالله بن أحمد (ت: ٦٣٠هـ) . **روضة الناظر وجنة المناظر** ، المطبعة السلفية ، المدينة المنورة ، ١٩٦٥م .
- ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر (ت: ٧٥١هـ) . **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، تحقيق : د. طه سعد ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٣م .
- القرافي ، أحمد بن إدريس (ت: ٦٨٤هـ) . **الذخيرة** ، ط١ ، ١٤م ، ، تحقيق : محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤ .
- الكاساني ، أبو بكر بن مسعود (ت: ٥٨٧هـ) . **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ط٢ ، ٤م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢م .
- ابن منظور ، محمد بن مكرم (ت: ٧١١هـ) . **لسان العرب** ، ط١ ، ١٥م ، دار صادر بيروت ، ١٩٦٨م .
- المكي ، الموفق بن أحمد (ت: ٥٦٨هـ) . **مناقب أبي حنيفة** ، ١م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١م .
- المراغي ، عبدالله مصطفى (١٩٩٩م) . **الفتح المبين في طبقات الأصوليين** ، ٣م ، القاهرة: المكتبة الأزهرية للتراث .
- المرغيناني ، علي بن أبي بكر (ت: ٥٨٣هـ) . **الهداية شرح بداية المبتدي** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م .

- ابن مودود ، عبدالله الموصلي (ت: ٦٨٣هـ) . **الاختيار لتعليل المختار** ، ٢م ، دار الأرقم ، بيروت ، د.ت .
- مسلم ، مسلم بن الحجاج (ت: ٢٦١هـ) . **صحيح مسلم** ، ط٦ ، ١٠م ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ، ١٨٨٥م .
- المواق ، محمد بن يوسف (ت: ٨٩٧هـ) . **التاج والإكليل** ،ط٢ ، ٦م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، على هامش مواهب الجليل للحطاب .
- النووي ، يحيى بن شرف (ت: ٦٨٦هـ) . **روضة الطالبين** ،ط٢، ١٢م ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م .
- النووي ، يحيى بن شرف (ت: ٦٨٦هـ) . **المجموع شرح المهذب** ، ١٢م ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت .
- ابن نصر ، القاضي عبدالوهاب بن علي (ت: ٤٢٢هـ) . **المعونة على مذهب عالم المدينة** ، ط١ ، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م .
- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت: ٨٦١هـ) . **شرح فتح القدير للعاجز الفقير** ، ٩م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت .
- الهيتمي ، أحمد بن حجر (ت: ٩٧٤هـ) . **الفتاوى الكبرى الفقهية** ، ٤م ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٣م .
- ابن يعيش ، موفق الدين يعيش بن علي (ت: ٦٤٣هـ) . **شرح المفصل للزمخشري** ، ط١ ، ٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م .
- أبو يعلى (الصغير) ، محمد بن محمد الفراء (ت: ٥١١هـ) . طبقات الحنابلة ، ٢م ، دار المعرفة ، بيروت ، د.ت .

IMPLEMENTATION OF AL ISTIHSAN(APPLICATION OF DISCRETION IN LEGALMATTERS) IN THE PROVISIONS OF SALES ACCORDING TO THE HANAFI SCHOOL OF THOUGHT IN ISLAMIC JURISPRUDENCE (A COMPARATIVE ANALYSIS STUDY FOR CHOSEN INSTANCES)

By

Hassan Awad Abu Arqoub

Supervisor

Dr . Mohammed A. Amr

Abstract

This study aim at examining the problem of multi-meanings for the preference, then comes the rule of preference in the Fiqh issues, that are chosen from "Al-Boyou' Book" (the Transactions Book" applied by the Hanafis, which considered a fortified place that keeps the peoples' money, so as to achieve an important legal purpose.

There is no doubt that such a study uncovers the skill of the Hanafi Ulama' (Islamic Scientists) in applying the preference issues, in terms of solving various issues that measurement failed to solve; as the preference has been able to achieve the soul of legislation, and the religious objectives.

Moreover, to examine the power of Preference in the filed of the religious evidence, it was necessary to make a comparison between preference and other evidences on which the Ulama' (Islamic Scientists) methodologies emerges in such issues, the fact that provides them with the necessary training to understand the method of their thinking, excellence in their approaches, and consequently, to get trained on the following their tracks and imitate their methodologies in this regard.